

La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Polbud*

Marc Fallon⁽¹⁾ et Edouard-Jean Navez⁽²⁾

Contenu

I. Du nouveau pour le rattachement des sociétés nomades ? (p. 351)

I.1. Séquences des raisonnements de l'avocat général et de la Cour (p. 352)

I.2. Sur l'applicabilité de la liberté d'établissement (p. 353)

I.2.a. Domaine matériel d'application (p. 353)

I.2.b. Domaine spatial d'application (p. 354)

- (i) Fonctions des critères de nationalité et d'établissement (p. 355)
- (ii) Méthode de détermination de la nationalité d'une société (p. 356)
- (iii) Nationalité, rattachement et situation intra-européenne (p. 356)

I.3. Sur la détermination du droit applicable à la société (p. 357)

I.3.a. Règles de rattachement ou de conflit de systèmes ? (p. 359)

- (i) Évocation de liens de rattachement dans l'arrêt *Polbud* (p. 359)
- (ii) Évocation de règles unilatérales inhérente à la détermination de la nationalité ? (p. 360)
- (iii) Formulation d'une règle de conflit de systèmes inhérente au principe de reconnaissance mutuelle ? (p. 361)

I.3.b. Des freins au choix de la loi la plus favorable ? (p. 362)

- (i) L'argument d'abus de droit ou de fraude à la loi et les situations internes (p. 362)
- (ii) Effet des lois de police de la loi de constitution (p. 363)

II. Le droit matériel des sociétés au regard du régime de la liberté d'établissement (p. 364)

II.1. L'application de l'interdiction des entraves à la transformation transfrontalière (p. 365)

II.1.a. La nature de l'entrave au déplacement du siège social (p. 365)

- (i) Typologie des entraves à la transformation transfrontalière (p. 365)
- (ii) La méthode de détermination de l'entrave utilisée dans l'arrêt *Polbud* (p. 366)
- (iii) Les entraves potentielles "à la sortie" (p. 367)
- (iv) Les entraves potentielles "à l'entrée" (p. 368)

II.1.b. La justification des entraves (p. 369)

- (i) Le régime général de la raison impérieuse d'intérêt général (p. 369)
- (ii) Les raisons impérieuses d'intérêt général admissibles (p. 370)
- (iii) Quelques réflexions sur la justification des entraves "à la sortie" (p. 370)
- (iv) Quelques réflexions sur la justification des entraves "à l'entrée" (p. 372)
- (v) La lutte contre les pratiques abusives (p. 373)

II.2. La législation belge en matière de transformation transfrontalière est-elle conforme au droit d'établissement ? (p. 374)

II.2.a. Le rattachement cumulatif de l'article 112 Codip (p. 374)

- (i) Le droit d'immigration (p. 374)
- (ii) Le droit d'émigration (p. 375)

1. Professeur ordinaire émérite de l'Université catholique de Louvain.

2. Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain et à la Solvay Brussels School; candidat-notaire à Wavre.

- II.2.b. L'absence d'une procédure spécifique dans le Code des sociétés (p. 376)
- (i) Une répartition délicate des compétences entre les États d'émigration et d'immigration (p. 376)
 - (ii) Modalités procédurales d'une transformation conforme au droit d'établissement selon le droit belge actuel (p. 377)
 - (a) L'émigration d'une société de droit belge avec changement de *lex societatis* (p. 377)
 - (b) L'immigration en Belgique d'une société étrangère avec changement de *lex societatis* (p. 378)

II.3. La transformation transfrontalière des sociétés sous l'empire du projet de Code des sociétés et des associations - Observations préliminaires (p. 379)

- II.3.a. Le rattachement des sociétés au lieu du siège statutaire (p. 379)
- II.3.b. La procédure de transformation transfrontalière des sociétés (p. 381)
- (i) La procédure d'émigration (p. 381)
 - (a) Champ d'application de la procédure (p. 381)
 - (b) Les formalités préalables à la décision de transformation transfrontalière (p. 381)
 - (ii) La procédure d'immigration (p. 382)

- II.3.c. L'incidence de la proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (p. 382)
- (i) Les formalités préalables à la décision de transfert (p. 382)
 - (a) L'établissement d'un projet de transformation (p. 382)
 - (b) L'élaboration des rapports (p. 383)
 - (ii) La décision de transformation (p. 383)
 - (iii) Les formalités postérieures à la décision de transformation (p. 383)
 - (a) Le certificat préalable à la transformation (p. 383)
 - (b) Approbation de la transformation par l'autorité compétente de l'État membre de destination (p. 383)
 - (c) Immatriculation dans l'État membre de destination et radiation dans l'État membre d'origine (p. 383)

Conclusion (p. 384)

Par l'arrêt du 25 octobre 2017 prononcé dans l'affaire *Polbud-Wykonawstwo*⁽³⁾, la grande chambre de la Cour de justice pose un nouveau jalon pour le rattachement des sociétés nomades dans l'espace européen. La fréquence exceptionnelle d'arrêts adoptés en grande chambre en cette matière témoigne de l'importance stratégique de la problématique pour le bon fonctionnement du marché intérieur; elle révèle aussi la difficulté à dénouer, d'une part, une dualité de rattachements traditionnelle en droit international privé comparé des sociétés, d'autre part, une inadaptation du droit matériel des sociétés aux entreprises nomades.

La question soumise à la Cour concernait un projet de transformation transfrontalière par le seul transfert

du siège statutaire et la formalité d'inscription dans le registre des sociétés de l'État d'accueil. La Cour de justice avait certes déjà eu à traiter d'une opération de transformation par changement de loi applicable lié au transfert de siège, dans les arrêts *Daily Mail*⁽⁴⁾ et *VALE Épitési*⁽⁵⁾. Elle avait également balisé d'autres hypothèses de mobilité, où l'on distingue des demandes portant sur :

- la création d'un établissement secondaire se heurtant aux exigences impératives de l'État d'accueil (arrêts *Centros*⁽⁶⁾ et *Inspire Art*⁽⁷⁾);
- le transfert du siège réel sans volonté de changement de loi applicable, confronté à la loi d'accueil (arrêt *Überseering*⁽⁸⁾) ou à la loi d'origine (arrêt *Cartesio*⁽⁹⁾) connaissant le critère de siège réel, ou encore le transfert du siège réel d'un État d'incorpo-

3. Affaire C-106/16, EU:C:2017:804.

4. Arrêt du 27 septembre 1988, 81/87, EU:C:1988:456.

5. Arrêt du 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440.

6. Arrêt du 9 mars 1999, C-212/97, EU:C:1999:126.

7. Arrêt du 30 septembre 2003, C-167/01, EU:C:2003:512.

8. Arrêt du 5 novembre 2002, C-208/00, EU:C:2002:632.

9. Arrêt du 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723; en tant que concernant un pays de siège réel, voy. *infra*, note 52.

ration à un autre État d'incorporation (arrêts *National Grid Indus*⁽¹⁰⁾ et *Trustees Panayi*⁽¹¹⁾);
- l'inscription, au registre des sociétés de l'État d'accueil du siège réel de la société mère, d'une fusion par absorption sans dissolution d'une filiale étrangère (arrêt *SEVIC Systems*⁽¹²⁾).

À propos du transfert de siège réel, cette jurisprudence avait affiné une distinction selon que la société vise ou non un changement de loi applicable. D'après l'arrêt *Cartesio*, si la société fait choix de la loi de l'État d'accueil, un tel choix est valable, tout en précisant, à la fois, que la validité même de la transformation dépend de la loi de cet État et que le droit matériel des sociétés de l'État d'origine ne peut pas faire obstacle à une transformation en exigeant la dissolution préalablement à la transformation. En revanche, si la société fait choix du maintien de l'application de la loi d'origine malgré un transfert de siège, il appartient à cette loi de décider ou non de la faculté d'un transfert sans transformation.

En revanche, il ne semble pas que la Cour avait eu l'occasion de viser directement le droit de créer un établissement dépourvu de toute réalité économique dans l'État d'accueil. Dans l'ensemble des cas précités, il y avait bien projet de participation effective à la vie économique locale. Cependant, les affaires *Centros* et *Inspire Art* avaient pour particularité de viser une hypothèse où l'établissement secondaire était le lieu d'exercice de l'essentiel, voire de l'ensemble, des activités, alors que la société fondatrice ne semblait avoir d'autre rattachement avec l'État d'origine qu'une inscription dans le registre des sociétés, élément suffisant, selon le droit de cet État, pour la constitution valable de cette société. Pour la Cour, une telle société peut créer un établissement secondaire pourvu de réalité économique dans l'État d'accueil, même si elle en est elle-même dépourvue dans l'État de sa propre inscription, n'ayant alors été constituée qu'en vue de s'établir dans l'État de l'établissement secondaire.

Or l'affaire *Polbud* était le miroir inversé de ces affaires. Les questions ici soumises concernaient une société établie en Pologne qui avait décidé de se transformer par voie d'inscription au Luxembourg, avec choix de la loi de ce pays, tout en maintenant ses activités en Pologne. Probablement est-ce la nouveauté d'une telle hypothèse de délocalisation, en

quelque sorte virtuelle, de la société, qui a incité la Cour à se prononcer en grande chambre.

De fait, tout en reprenant essentiellement plusieurs enseignements antérieurs, l'arrêt *Polbud* affirme pour la première fois qu'entre dans le domaine de la liberté d'établissement le transfert de siège statutaire aux fins de transformation en conformité avec la loi de l'État membre d'accueil "sans déplacement de siège réel" (point 44), même lorsque la société continue d'exercer "l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques" dans l'État d'origine (point 38).

Pour autant, l'arrêt ne semble induire aucun droit inconditionnel à la transformation. D'une part, celle-ci doit être valable selon la loi de l'État d'accueil; d'autre part, l'État d'origine conserve la maîtrise de la protection des parties prenantes.

Ainsi, l'arrêt *Polbud* montre une double incidence possible de la liberté d'établissement, sur le droit des conflits de lois eu égard à son domaine d'application (I) et sur le droit des sociétés eu égard au régime de justification d'une entrave à cette liberté (II).

La Commission n'a pas tardé à saisir l'importance de cet arrêt de la grande chambre, en adoptant le 25 avril 2018 une proposition de directive visant à intégrer dans la directive 2017/1132 un régime global des transformations, fusions et scissions⁽¹³⁾. Elle y voit, d'une part, "une clarification du contexte" des opérations de transformation transfrontalières, appelant à une harmonisation complète des règles de procédure que la Cour de justice n'est pas à même de réaliser et, d'autre part, une accentuation de l'impératif de protection des parties prenantes qui prenne en compte "la transnationalisation croissante du monde de l'entreprise"⁽¹⁴⁾.

I. Du nouveau pour le rattachement des sociétés nomades ?

Il est probable que la grande chambre ait saisi l'occasion de cette affaire pour viser le cas d'une transformation sans transfert d'aucune activité entrepreneuriale. En effet, elle aurait pu la traiter autrement, car les représentants de la société avaient argumenté, en cours d'audience, que leur intention était bien de

10. Arrêt du 29 novembre 2011, C-371/10, EU:C:2011:785.

11. Arrêt du 14 septembre 2017, C-646/15, EU:C:2017:682.

12. Arrêt du 13 décembre 2005, C-411/03, EU:C:2005:762.

13. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM(2018)241 et COD(2018)114, précédée d'un Explanatory Memorandum. Cette proposition finalise les travaux entrepris de longue date en vue d'une "14^e directive".

14. Explanatory Memorandum, respectivement p. 4 et 3.

transférer le siège réel au Luxembourg. La Cour en prend acte, considérant alors “qu’elle dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer” (point 22). Pour autant, elle décide de se limiter aux termes de la question préjudicielle, fondée sur la prémisse selon laquelle la société “n’avait pas l’intention de transférer son siège au Luxembourg” (point 26), et de répondre aux questions “sur la base de cette prémisse” (point 28).

Par ailleurs, le poids de l’arrêt semble d’autant plus grand qu’il est rendu sur conclusions non conformes de l’avocat général Kokott sur le point précis de l’applicabilité de la liberté d’établissement, celles-ci étant au surplus suivies pour l’analyse du régime des justifications de l’entrave (point II ci-dessous).

Pour y répondre, la Cour entremêle conditions d’applicabilité de l’article 49 TFUE (I.2) et droit applicable à la société (I.3). Vu la complexité de la problématique, il est utile de présenter d’abord les phases de raisonnement suivies respectivement par l’avocat général et par la grande chambre (I.1).

I.1. Séquences des raisonnements de l’avocat général et de la Cour

Les conclusions de l’avocat général s’étendent sur l’applicabilité de l’article 49 TFUE. Elles présentent deux critères distincts. Le premier concerne la référence de l’article 54 TFUE à la faculté, pour chaque État membre, de définir le lien de rattachement pertinent - siège statutaire, administration centrale ou principal établissement - pour considérer la société comme valablement constituée selon son propre droit (point 29). Le second concerne la portée de la notion d’établissement figurant dans l’article 49 TFUE : il s’agit bien d’une condition d’application (point 35) de la liberté d’établissement visée par cette disposition. Quant au contenu de cette condition, il correspond, selon une jurisprudence constante cristallisée par l’arrêt *Gebhard*⁽¹⁵⁾, à la localisation d’une activité économique effective au moyen d’une installation stable pour une durée indéterminée : il suppose donc une “implantation réelle dans l’État membre d’accueil et l’exercice d’une activité économique effective” dans cet État (point 35). Pour autant, un tel critère de réalité ne suppose pas une localisation du siège réel même : une conception extensive de la Cour de justice se satisfait d’une “certaine infrastructure” (point 36), d’activités effectives alors que le “centre des activités économiques” (point 37) pourrait être maintenu dans l’État d’origine.

Ainsi, l’avocat général n’exige pas un transfert de siège réel comme condition d’application de la liberté d’établissement. Elle estime néanmoins qu’un critère de réalité de l’implantation est inhérent à la notion d’établissement, ce qui ne serait pas le cas d’une simple formalité d’enregistrement dans l’État d’accueil. Ainsi, selon l’arrêt *Factortame*⁽¹⁶⁾, la seule immatriculation “ne comporte pas nécessairement un établissement au sens du traité [...] lorsque la demande d’immatriculation est effectuée par une personne [...] qui n’est pas établie dans l’État concerné et qui ne va pas s’y établir” (point 21), à moins de “l’exercice d’une activité économique comportant une installation stable dans l’État [d’immatriculation]” (point 22). Voire même, la notion d’installation stable ne se distinguerait pas de l’exigence de diriger et de contrôler l’établissement secondaire à l’intérieur de l’État d’immatriculation (point 34); mais l’immatriculation ne pourrait être refusée si le centre de direction de cet établissement recevait ses instructions du centre de direction de l’établissement principal (point 35).

Cette analyse des conditions d’application de l’article 49 TFUE suit donc fidèlement la jurisprudence constante de la Cour.

Pourtant, la grande chambre choisit d’écarter toute référence à un critère de réalité de l’implantation dans l’État d’accueil, à l’opposé des conclusions de l’avocat général. Elle traite la question de l’applicabilité de l’article 49 TFUE en substituant à une condition d’implantation réelle une condition d’existence de la société appréciée en fonction du droit national applicable.

L’argumentation de la Cour est construite en trois phases.

D’abord, la constitution - et la gestion - d’une société obéit à “la législation de l’État membre d’établissement” applicable aux sociétés de cet État : en d’autres termes, le projet de transformation doit respecter le droit de l’État d’accueil; et cette désignation inclut les règles de cet État pour “le rattachement d’une société à son ordre juridique national” (points 33, 35 et 43).

Ensuite, toute condition relative à une implantation réelle dans l’État d’accueil, relayée par plusieurs gouvernements, serait sans pertinence, sur la seule foi de l’arrêt *Centros*, lequel a permis qu’une société ne se constitue dans l’État d’origine qu’en vue de créer une implantation réelle de l’ensemble de ses activités dans un autre État (point 38). Sur cette base, la

15. Arrêt du 30 novembre 1995, C-55/94, EU:C:1995:411.

16. Arrêt de la grande chambre du 25 juillet 1991, C-221/89, EU:C:1991:320, à propos de l’immatriculation d’un navire.

grande chambre admet “de la même manière” que relève de la liberté d’établissement la faculté de se transformer conformément à la loi d’accueil tout en conservant “l’ensemble” des activités économiques dans l’État d’origine (*loc. cit.*).

Enfin, la seule intention de bénéficier de la loi la plus favorable à la constitution de la société en raison du choix de la localisation du siège, statutaire ou réel, ne suffit pas, selon l’arrêt *Centros*, à constituer un exercice abusif de la liberté d’établissement ni, partant, à exclure l’application de l’article 49 TFUE (point 40). Mais l’arrêt *Polbud* précise que ce choix emporte aussi une soumission aux conditions de constitution exigées par la loi ainsi choisie (point 35).

Pour le reste, l’arrêt nie que la jurisprudence antérieure s’entende comme exigeant que le transfert de siège statutaire doive s’accompagner de celui du siège réel, qu’il s’agisse des arrêts *Daily Mail* et *Cartesio* ou de l’arrêt *VALE* (points 42 et s.). Ce rejet semble pertinent puisque - élément de comparaison non relevé par l’arrêt - ces affaires concernaient des cas de transfert de siège réel. Tout au plus la Cour y voit-elle la confirmation que chaque État conserve le libre choix du facteur de rattachement pertinent pour déterminer la constitution d’une société “selon sa [propre] législation” (point 43), de même que l’interdiction pour l’État d’origine de dissuader une transformation transfrontalière par des conditions plus sévères que pour une transformation purement interne (*loc. cit.*).

L’analyse de ce raisonnement relatif à l’incidence des articles 49 et 54 TFUE sur la détermination des conditions de validité de la constitution d’une personne morale requiert une distinction entre applicabilité de la disposition et détermination du droit applicable à la société.

1.2. Sur l’applicabilité de la liberté d’établissement

De manière générale, le domaine d’application de la liberté d’établissement obéit à des critères précis énoncés dans l’article 49 TFUE. En raison de sa nature “fondamentale”, cette liberté doit recevoir une “portée très large”⁽¹⁷⁾. Deux critères doivent être distingués, selon qu’ils sont de nature matérielle ou spatiale.

1.2.a. Domaine matériel d’application

Sous l’angle matériel, il est incontestable que l’existence d’un “établissement” dans l’État d’accueil figure dans le texte comme une condition d’application de cette liberté de circulation. Cette condition sert à définir la qualification de la liberté en cause, la distinguant d’autres libertés de circulation, en particulier la libre prestation de services⁽¹⁸⁾. En faire abstraction risque d’engendrer une confusion des catégories, provoquant une incohérence systémique du droit du marché intérieur.

À cet égard, la motivation de l’arrêt *Polbud* sur la portée de cette notion comme critère d’application de l’article 49 TFUE laisse perplexe. Alors que l’avocat général s’appuyait sur une jurisprudence constante exigeant une participation effective et durable à l’économie locale (voy. *supra*, I.1), la Cour écarte une telle exigence sans s’en expliquer autrement que tantôt, par un emprunt *a pari* à l’arrêt *Cartesio*, tantôt par un raisonnement faisant écho à des notions du droit des conflits de lois : il serait suffisant que la société ait été constituée, à l’origine, en vertu du droit d’un des États visés à l’article 54 TFUE, puis souhaite se transformer en conformité avec la loi de l’État d’accueil, à laquelle elle doit se soumettre comme les autres sociétés de cet État.

La perplexité est double. D’abord, la condition de nationalité figurant à l’article 49 et précisée par l’article 54 pour les personnes morales, constitue moins un critère d’applicabilité du régime de la liberté d’établissement qu’une condition d’invocabilité de ce régime, à savoir une condition relative à la qualité de titulaire d’un droit doté d’effet direct⁽¹⁹⁾. En revanche, la condition, distincte, d’établissement, sert à définir l’applicabilité matérielle de ce régime : en supprimant l’exigence d’un établissement dans l’État d’accueil, la Cour supprime l’élément essentiel d’applicabilité de l’article 49⁽²⁰⁾. Ensuite, l’enjeu réel de la question du droit national applicable à la société n’affecte pas seulement la détermination de la nationalité de la personne aux fins de l’application de l’article 49, car il suffit de constater à cet effet, comme le prescrit l’article 54, que la société a la nationalité d’un État membre au moins. L’enjeu est plutôt d’identifier une entrave éventuelle à la liberté d’établissement et, surtout, la possibilité d’une justifica-

17. Arrêt du 14 septembre 2017, *Trustees Panayi*, C-646/15, EU:C:2017:682.

18. En particulier, la prestation de services suppose, à la différence de la liberté d’établissement, l’exercice d’activités dans l’État d’accueil “à titre temporaire” (art. 57.2), sans exclure pour autant tout type d’infrastructure locale, nécessaire à la prestation (arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, C-55/94, EU:C:1995:411).

19. Sur cette distinction, voy. *infra*, I.2.b.

20. En raison de cette dissociation à opérer entre établissement et nationalité pour les besoins de l’article 49, un effacement de la condition d’établissement ne saurait résulter nécessairement de ce qu’un État puisse attribuer sa nationalité du seul fait de l’incorporation (*contra* I. BARSAN, “Que reste-t-il du critère du siège social réel après l’arrêt *Polbud*?”, *Europe*, 2018-3, p. 9).

tion, élément du syllogisme juridique distinct de l'applicabilité.

Pour le reste, la déduction tirée laconiquement, par un argument *a pari* (point 38), de l'arrêt *Centros* pour contrer l'argumentation très étayée de l'avocat général, est approximative. Dans cette affaire, l'objection à l'applicabilité de l'article 49 TFUE venait de ce que, par l'enregistrement purement formel de la société dans l'État d'origine, la création d'un établissement secondaire effectif dans un autre État constituait une situation purement interne, dépourvue de tout élément d'extranéité (point 16). Pour la Cour, la création d'un établissement dans l'État d'accueil par une société constituée conformément au droit de l'État d'origine suffit pour configurer une situation transfrontalière (point 17), sans avoir à tenir compte de l'éventualité d'un abus de droit, du moins comme condition d'application de l'article 49 TFUE. L'analogie avec l'affaire *Polbud* est seulement que celle-ci concerne aussi une forme de localisation virtuelle dans un des deux États concernés, mais à la différence qu'ici, cette localisation virtuelle est dans l'État d'accueil et non dans l'État d'origine. Le seul emprunt pertinent à l'arrêt *Centros* concerne alors la notion de situation interne, corrélée à celle d'abus de droit (voy. *infra*, I.3.b), celle-ci ne pouvant intervenir que lors de l'appréciation de la justification de l'entrave après vérification de l'applicabilité de l'article 49 TFUE.

Ainsi, l'emprunt à l'enseignement de l'arrêt *Centros* occulte l'examen de la condition d'établissement, totalement omis dans l'arrêt *Polbud*; et cet examen, au vrai, ne se posait pas dans l'affaire *Centros*, puisque la réalité d'une implantation dans l'État d'accueil ne faisait aucun doute. Pour autant, cette condition ne semble pas avoir disparu définitivement des conditions d'application de l'article 49 TFUE. En effet, dans l'arrêt *AGET Iraklis* du 21 décembre 2016 relatif à une entrave à un licenciement collectif affectant le personnel d'une filiale grecque d'une société française, la grande chambre rappelait encore que la création d'un établissement secondaire vise à y exercer des activités et à favoriser l'interpénétration économique et sociale dans l'Union, ce qui suppose une implantation réelle de la société et l'exercice d'une activité effective dans l'État d'accueil (point 49), au visa de l'arrêt *VALE*⁽²¹⁾. Il

semble donc plutôt que la déduction *a pari* que l'arrêt *Polbud* tire de l'arrêt *Centros* montre la Cour soucieuse d'accorder à la création d'un établissement secondaire virtuel ce qu'elle avait déjà offert à la création d'un établissement primaire virtuel. Autre chose est cependant d'admettre qu'une telle virtualité de l'établissement primaire soit en tous points conforme au sens de l'article 49 TFUE⁽²²⁾.

Pour sa part, la Commission voit un lien entre la position de la Cour et la soumission, par celle-ci, de l'opération de transformation à la loi de l'État d'accueil, y compris le critère prévu par cet État pour le rattachement d'une société à son ordre juridique⁽²³⁾ : l'applicabilité de l'article 49 TFUE en cas de transfert du seul siège statutaire dépendrait du contenu de la loi d'accueil, selon que celle-ci prévoit ou non la condition d'une activité économique locale; et l'explication d'une application possible de la liberté d'établissement, si cette loi exige le seul transfert du siège statutaire, résulterait des termes de l'article 54 TFUE relatifs à la détermination de la nationalité d'une personne morale. Cependant, cette approche risque à la fois de heurter le principe d'interprétation autonome du droit de l'Union et d'opérer une confusion entre les notions distinctes de nationalité et d'établissement au sens de l'article 49 TFUE.

I.2.b. Domaine spatial d'application

Tout régime de liberté de circulation doit obéir, en raison de son effet direct, à des conditions d'application dans l'espace précises, afin de permettre au juge du fond d'en assurer la mise en œuvre dans un cas particulier. La liberté d'établissement comporte ainsi ses propres critères. Leur utilisation à propos de sociétés appelle une méthode propre de détermination de la nationalité, dont la dissociation avec une règle de rattachement est source de confusions du fait que, selon une jurisprudence constante, contrairement aux personnes physiques, la personne morale doit son existence à la législation nationale qui en détermine la constitution. Pourtant, nationalité, établissement et rattachement de la personne morale dans les situations transfrontalières remplissent des rôles distincts et peuvent donner lieu à des règles distinctes.

21. Voy., de même, un rappel de la jurisprudence *Gebhard* dans l'arrêt du 14 septembre 2017, *Trustees Panayi*, C-646/15, EU:C:2017:682. Pour l'approbation d'un retour à l'exigence d'un établissement effectif dans l'État d'accueil comme un frein à un choix illimité de la loi applicable à la société en vue de "stimulate unhindered, real business activities across borders", voy. J. MEEUSEN, "Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office : towards full cross-border corporate mobility in the internal market?", *Journ. Pr. Int. Law*, 2017, p. 294-323, p. 317. En particulier, l'exigence d'un transfert du siège réel dans le cas d'une SE refléterait "a correct expression of the type of corporate action that the EU wishes to promote".

22. L'arrêt *Centros* prend certes soin d'évoquer la liberté de choix du pays d'incorporation pour les personnes physiques fondatrices de la société *Centros* au Royaume-Uni. Il n'envisage pas pour autant - et n'avait certes pas à le faire, car la question ne se posait pas - le cas d'une entrave éventuelle émanant du droit anglais : l'applicabilité de l'article 49 TFUE serait alors problématique.

23. Sur cette désignation de la loi d'accueil, voy. *supra*, I.1 et *infra*, I.3.a.iii. Sur l'interprétation de la Commission, voy. le considérant 3 du préambule de la proposition de directive, ainsi que l'exposé des motifs, p. 4.

(i) Fonctions des critères de nationalité et d'établissement

L'article 49 TFUE connaît un domaine d'application dans l'espace assez précis. À lire le texte, la localisation sur le territoire d'un État membre de l'établissement à créer fournit un critère d'applicabilité évident : cela exclut le cas d'un établissement envisagé dans un pays tiers⁽²⁴⁾. Ainsi, l'exigence d'un établissement dans l'État membre d'accueil remplit une double fonction comme critère d'applicabilité, à la fois matérielle et spatiale.

De plus, la situation doit avoir un caractère transfrontalier, ce qui exclut du domaine d'application une situation purement interne, à l'exemple de ce que connaissent d'autres libertés de circulation⁽²⁵⁾. Est une situation appartenant au marché intérieur, selon le texte, celle d'un national d'un État membre⁽²⁶⁾ cherchant à créer un établissement dans un "autre" État membre, situation que l'on peut qualifier d'intra-européenne. Toutefois, pour la création "d'agences, de succursales ou de filiales", le national doit, en outre, être "établi" sur le territoire d'un État membre⁽²⁷⁾ : on peut qualifier cet établissement d'"originaire", pour le dissocier de l'établissement à créer, celui-ci pouvant être qualifié de "primaire" en cas de constitution d'une société par des personnes physiques, ou de "secondaire" en cas de création d'une agence, succursale ou filiale par une société.

Cet État d'établissement originaire peut être ou non l'État de la nationalité de la personne⁽²⁸⁾. Et ce critère territorial vise principalement une personne morale,

cherchant à créer, en fait d'établissement secondaire, une "agence, succursale ou filiale", selon les termes de la disposition. Très explicitement, la notion territoriale d'établissement se distingue de la notion personnelle de nationalité, condition de leur effet utile respectif. De plus, on peut se demander si, dans l'esprit des auteurs du texte, le terme "établissement" recevait un sens identique selon qu'il soit originaire, primaire ou secondaire : autrement dit, là où l'établissement à créer supposerait une activité économique locale effective et durable, n'en irait-il pas de même de l'établissement originaire ? On sait cependant depuis l'arrêt *Centros* que la création d'un établissement primaire sous forme de société par un ressortissant d'un État membre dans un tel cas aux fins d'y bénéficier d'une loi plus favorable à la constitution de sa société, quitte à celle-ci de créer ensuite un établissement secondaire dans un autre État membre, ne cesse pas de relever de l'article 49.

La fonction des critères de nationalité et d'établissement originaire dans le contexte de l'article 49, tout en affectant les conditions d'applicabilité du régime de la liberté d'établissement - et configurant en quelque sorte le domaine "personnel" de la disposition au moyen de critères de nature spatiale⁽²⁹⁾ -, relève techniquement du concept de titularité de droits subjectifs inhérente à un dispositif normatif doté d'effet direct. En d'autres termes, l'invocabilité⁽³⁰⁾ de l'article 49 TFUE appartient au seul national d'un État membre et, dans le cas d'une personne morale, à celle seule qui, à la fois, est nationale d'un État membre et est établie dans un tel État⁽³¹⁾.

24. Arrêt du 16 juillet 1998, *ICI*, C-264/96, EU:C:1998:370; arrêt du 24 mai 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297. En revanche, la disposition fiscale de l'État membre d'établissement primaire d'une société dissuadant de créer une succursale dans un pays tiers est réputée affecter le fonctionnement de cette société lorsqu'elle empêche la déductibilité du salaire d'un employé occupé dans la succursale (arrêt du 10 mai 2007, *A & B*, C-102/05, EU:C:2007:275).
25. Sans exclure toute possibilité d'extension, *infra* (iii).
26. Sur la nationalité comme condition nécessaire et suffisante d'invocabilité pour la personne physique, voy., notamment, arrêt du 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90, EU:C:1992:295.
27. Sans l'énoncer expressément, cette faculté vise par nature la création d'un établissement par une personne morale. Sur l'exigence de nationalité pour une société, voy., notamment, arrêt du 10 mai 2007, *Lasertec*, C-492/04, EU:C:2007:273; pour l'exigence d'un établissement (originaire), voy. arrêt du 19 juillet 2012, *Scheunemann*, C-31/11, EU:C:2012:481; sur ce que "une société d'un État tiers [n'entre pas] dans les limites du champ d'application territorial de la liberté d'établissement", voy. l'arrêt du 24 novembre 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, point 42, et les références.
28. À propos d'entraves de l'État d'origine affectant tantôt les "ressortissants" (résidents) de cet État (arrêt du 18 novembre 1999, *X & Y*, C-200/98, EU:C:1999:566, point 26), tantôt un ressortissant étranger résident (arrêt du 25 octobre 2007, *Geurts & Vogten*, C-464/05, EU:C:2007:631). L'arrêt *Segers* (10 juillet 1986, 79/85, EU:C:1986:308) n'exige pas la coïncidence de la nationalité et de l'établissement originaire, dans un cas présentant une analogie avec l'affaire *Centros*. Voy. aussi, par analogie (immatriculation d'un navire), l'arrêt du 25 juillet 1991, *Factortame*, C-221/89, EU:C:1991:320.
29. Sur cette seule fonction de l'article 54 TFUE, voy. l'arrêt du 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95, EU:C:1997:301, point 25.
30. Le concept est judicieusement utilisé par l'avocat général, point 28.
31. De même qu'en matière de circulation des travailleurs, le domaine d'application dans l'espace du régime de liberté a pour critère l'appartenance au marché de l'emploi d'un État membre - à savoir, normalement, la localisation de l'activité sur le territoire d'un tel État -, alors que la condition de nationalité du travailleur constitue un critère de titularité du droit subjectif à l'invocabilité de ce régime. Sur la portée de la notion de titularité, voy. l'arrêt *Fidium Finanz* du 3 octobre 2006, C-452/04, EU:C:2006:631 : une banque établie en Suisse ne peut invoquer la liberté de prestation de services en Allemagne, car elle ne répond pas à la condition d'établissement de l'article 56 TFUE, alors que l'offre de telles prestations sur le marché d'un État membre entre bien dans le domaine spatial de cet article. De même, le régime de la citoyenneté européenne a pour domaine l'entrée et le séjour sur le territoire d'un État membre pour un titulaire de droits possédant la nationalité d'un tel État, ce qui n'exclut pas que le droit dérivé puisse étendre la titularité à des ressortissants de pays tiers (voy. la directive 2003/109 du 25 novembre 2003, *J.O.*, 2004, L 16). Pour plus de détails, voy. J.-S. BERGE, "Les mots de l'interaction du droit international et européen : compétence, applicabilité et invocabilité", *J.D.I. (Chunet)*, 2012, p. 1005-1020; M. FALLON, "Le domaine spatial d'un code européen de droit international privé", M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Bruxelles, Lang, 2011, p. 137-184, spéc. p. 149 et s.

(ii) Méthode de détermination de la nationalité d'une société

La fonction de l'article 54 TFUE est d'assurer une méthode pour définir la nationalité - et la nationalité seule - d'une société au sens de l'article 49 TFUE. On connaît l'ambivalence d'un tel concept qui, primitivement, sied aux personnes physiques⁽³²⁾. D'où l'utilité de cette disposition, au contenu plutôt déclaratoire : de même qu'il appartient à chaque État de déterminer ses nationaux, il lui appartient de le faire pour "ses" sociétés⁽³³⁾. C'est dans un souci de clarté que le traité prend soin de lister les divers critères attributifs de nationalité connus en droit comparé des six États fondateurs de la CEE, à savoir les critères du siège statutaire, de l'administration centrale et de l'établissement principal. Il s'entend que, tout comme la personne physique n'a la nationalité d'un État que si elle remplit les conditions applicables selon le droit de cet État, de même une société se doit d'être "constituée en conformité de la législation" de l'État membre dont elle revendique la nationalité pour les besoins de l'article 49.

On aperçoit que la référence au siège statutaire comme suffisant à attribuer la nationalité d'un État membre risque à première vue d'étendre la titularité de droits à une société n'exerçant aucune activité durable dans l'Union. Le Conseil s'en était ému très tôt⁽³⁴⁾. Pourtant, si une telle crainte peut reposer sur une lecture isolée de l'article 54 TFUE, il en va autrement d'une lecture combinée avec l'article 49 TFUE. En effet, les ressortissants qui invoquent le droit d'établissement pour créer une agence, succursale ou filiale, doivent être "établis" sur le territoire d'un État membre (al. 1, 2e phrase)⁽³⁵⁾ : ceci revient bien à exiger la localisation dans l'Union d'un établissement originaire comme condition de titularité.

(iii) Nationalité, rattachement et situation intra-européenne

Pour les besoins de l'application de l'article 49 TFUE, lu en combinaison avec l'article 54 TFUE lorsque le

titulaire de la liberté est une société, il est usuel de confondre nationalité et loi applicable à la société, comme le fait l'arrêt *Polbud* : les critères de l'article 54 TFUE expriment "le lien de rattachement déterminant le droit national applicable à une société [laissé à] la compétence de chaque État" (point 34). En d'autres termes, le "siège", dans le contexte de cet article, "sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État"⁽³⁶⁾. La raison en serait que, "contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique [et] qu'elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement"⁽³⁷⁾.

Or il suffit de vérifier, d'une part, que la société invoquant le droit d'établissement dispose d'un établissement originaire au sens de cette disposition, d'autre part, qu'elle a la nationalité d'un État membre qui soit distinct de celui de l'établissement à créer. Concrètement, sa constitution doit respecter les conditions du droit d'un des États membres au moins qui entend régir cette société en vertu d'un des trois critères de localisation identifiés par l'article 54 TFUE. Ceci n'exclut nullement qu'une société puisse avoir plusieurs nationalités, comme cela pouvait avoir été le cas dans l'affaire *Polbud*⁽³⁸⁾ : une telle circonstance n'affecte pas le bon fonctionnement de l'article 49 TFUE, lequel n'emprunte à l'article 54 que la définition de la nationalité comme condition de titularité de droits. Elle est en revanche problématique pour définir la loi applicable pour les besoins du droit privé, et le droit des conflits de lois connaît diverses méthodes de traitement des conflits de nationalités.

Autre encore est la question de savoir si l'établissement originaire doit se situer dans un État membre autre que celui de l'établissement secondaire à créer. Le texte ne l'impose pas, puisqu'il évoque seulement un national établi dans "un" État membre, sans autre précision de localisation. Cependant, ne pas exiger une localisation des établissements dans des États

32. Pour les sociétés, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 16.3 et s.

33. À cet égard, la référence de l'arrêt *Polbud* au critère retenu par la loi de l'État d'accueil pour "ses" sociétés (points 33 et 43) pourrait refléter l'unilatéralité inhérente à toute règle de détermination de la nationalité d'une personne (voy. *infra*, point I.3.a.ii).

34. Voy., à cet égard, les préoccupations du Conseil exprimées dès sa décision du 18 décembre 1961, *J.O.*, 1962, 2, p. 36. De même, la directive générale 2006/123 sur les services exige, comme condition d'invocabilité, la localisation d'un établissement pour une société mais non pour une personne physique (art. 4.2).

35. En revanche, peu importe que les actionnaires d'une société établie dans l'Union soient ressortissants d'un pays tiers (arrêt du 7 septembre 2017, *Egiom & Enka*, C-6/16, EU:C:2017:641). De son côté, une personne physique échappe à l'exigence d'établissement originaire dans l'Union dès lors qu'elle a la nationalité d'un État membre au moins, même dépourvue de toute effectivité (à propos d'un Italo-Argentin établi en Argentine demandant une carte de résident en Espagne : arrêt du 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90, EU:C:1992:295).

36. Arrêt du 28 janvier 1986, *Commission c. France*, "Avoir fiscal", 270/83, EU:C:1986:37, point 18; arrêt du 25 juillet 1991, *Factortame*, C-221/89, EU:C:1991:320, point 27.

37. Arrêt *Daily Mail*, point 19, déduisant ensuite de la disparité des rattachements ainsi reconnue que les problèmes liés à un transfert de siège "ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement", qui ne sauraient alors être invoquées dans l'attente du droit dérivé; arrêt *Überseering*, point 81.

38. Encore fallait-il que la société eût été transformée valablement en société de droit luxembourgeois, ce qui s'avère incertain (voy. *infra*, I.3.b).

distincts encourt le risque de couvrir des situations de nature quasiment interne, affectant l'économie d'un seul État membre, alors que la liberté d'établissement vise précisément à assurer une "interpénétration" économique et sociale dans l'Union⁽³⁹⁾.

Selon l'arrêt *Centros* implicitement, cet établissement peut se situer dans un État distinct de l'État de constitution et où se trouve au demeurant l'établissement secondaire à créer. Dans cette affaire en effet, au moment de créer un établissement secondaire au Danemark, la société anglaise auparavant constituée par inscription au registre des sociétés sans exercer aucune activité au Royaume-Uni devait forcément exercer l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités au Danemark, élément constitutif d'un établissement originaire au sens de l'article 49 TFUE⁽⁴⁰⁾.

Précisément, l'arrêt réfute que de telles circonstances suffisent à identifier une situation purement interne ou plutôt, il revient à indiquer que c'est la constitution même de la société par incorporation qui reviendrait à fonder une forme d'établissement qualifiable de primaire; quoi qu'il en soit, l'article 49 est désormais invocable par le ressortissant d'un État membre alors même que son établissement principal se trouve dans l'État où il envisage de créer un établissement secondaire.

Ce faisant, la Cour procédait à une interprétation large du domaine spatial du régime de liberté, comme elle l'avait déjà fait pour le domaine de la libre prestation de services en faisant sauter le verrou de l'article 56 TFUE selon lequel les établissements respectifs du prestataire et du destinataire doivent être localisés dans des États différents⁽⁴¹⁾.

Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi. Par exemple, dans un litige fiscal entièrement localisé en Allemagne hormis la résidence privée du contribuable, située aux Pays-Bas, alors que l'activité profes-

sionnelle était localisée également en Allemagne, la liberté d'établissement "ne fait pas obstacle" à la disposition allemande fondée sur la localisation de la résidence, "seul élément qui sort du cadre purement national"⁽⁴²⁾. De fait, en règle générale, les libertés de circulation ne régissent pas la situation purement interne, dépourvue de tout élément d'extranéité. Pourtant, divers procédés en ont permis un certain élargissement, y compris en matière d'établissement, tantôt parce que la mesure pourrait entraver "potentiellement" un opérateur étranger⁽⁴³⁾, tantôt en raison d'un "intérêt transfrontalier" de la situation dû à l'ampleur de l'opération en cause⁽⁴⁴⁾, tantôt en raison de la nature sensible de l'entrave selon que celle-ci est ou non de nature discriminatoire⁽⁴⁵⁾, tantôt lorsque le litige national engage la responsabilité de l'État pour manquement au droit de l'Union⁽⁴⁶⁾.

Significativement, c'est fréquemment à propos d'une situation quasiment interne à laquelle elle déclare le Traité applicable, que la Cour est ensuite appelée à se prononcer sur l'argument d'exercice abusif du droit de l'Union : à tout le moins, une telle extension du domaine de la liberté de circulation n'exclut pas tout pouvoir de vigilance de l'État à l'encontre de ce que le droit des conflits de lois qualifie de fraude à la loi, pourvu que la justification en soit établie au regard du régime des entraves⁽⁴⁷⁾.

1.3. Sur la détermination du droit applicable à la société

Une lecture rapide de l'arrêt *Polbud* porte à croire que désormais, la voie est ouverte à un rattachement des sociétés en fonction du critère d'incorporation et, par ce biais, à la possibilité d'un choix de la loi la plus favorable⁽⁴⁸⁾ à la constitution et à la gestion d'une société sans aucune exigence de localisation effective. En effet, l'affaire présentait à la Cour le scénario d'une société cherchant à obtenir une transformation

39. Arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, point 25. Dans cet arrêt, le sens "très large" donné à la notion d'établissement en relation avec l'objectif d'interpénétration économique suit le constat (au point 24) que la personne puisse avoir plusieurs établissements, notamment l'un dans l'État d'origine et l'autre, dans l'État d'accueil : ceci semble entendre que, par hypothèse, la notion d'établissement ne varie pas selon qu'il s'agit de l'établissement originaire, primaire ou secondaire...

40. L'affaire *Segers* (arrêt du 10 juillet 1986, 79/85, EU:C:1986:308) présentait déjà une situation analogue.

41. Arrêts "*Guide touristique*", notamment *Commission c. Grèce* du 26 février 1991, C-198/89, EU:C:1991:79.

42. Arrêt du 26 janvier 1993, *Werner*, C-112/91, EU:C:1993:27, point 16.

43. Arrêt du 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, et arrêt du 12 décembre 2013, *SOA Nazionale Costruttori*, C-327/12, EU:C:2013:827, à la terminologie analogue à celle de l'arrêt *Pistre* (7 mai 1997, C-321/94 e.a., EU:C:1997:229) relatif aux marchandises.

44. Arrêt du 11 décembre 2014, *Spezzino*, C-113/13, EU:C:2014:2440, et arrêt du 28 janvier 2016, *CASTA*, C-50/14, EU:C:2016:56.

45. Arrêt du 13 février 2014, *Airport Shuttle Express, "Uber"*, C-162/12, EU:C:2014:74, s'inspirant de l'arrêt *Guimont* (5 décembre 2000, C-448/98, EU:C:2000:663) relatif aux marchandises.

46. Arrêt du 15 novembre 2016, *Ullens de Schoten*, C-268/15, EU:C:2016:874.

47. Voy. *infra*, I.3.b et II.

48. Encore convient-il de vérifier le contenu des règles matérielles de la loi ainsi choisie. En effet, le choix de la loi d'un pays d'incorporation n'est pas nécessairement plus judicieux qu'un choix en faveur de la loi d'un pays de siège réel : tout dépend en effet des conditions que le droit matériel des sociétés pose à la (re)constitution et à la gestion d'une personne morale.

par le seul fait d'un enregistrement dans le registre de l'État d'accueil. En visant la faculté d'un tel choix de loi applicable sans exiger aucune forme d'effectivité des activités économiques dans cet État, la grande chambre donnerait à entendre que, désormais, aucun État membre ne pourrait s'opposer à la "sortie" de l'une de ses sociétés au bénéfice d'une loi étrangère applicable en vertu du critère d'incorporation, du moins lorsque cette loi est celle d'un État membre⁽⁴⁹⁾.

Une telle lecture de l'arrêt serait d'autant plus autorisée à un moment où ni la Cour, ni d'autres institutions, dont la Commission, ni les observateurs, n'ignorent l'enjeu de la dualité des critères de rattachement des sociétés : une pression croissante s'exprime en faveur de règles européennes de rattachement visant à établir la sécurité juridique, à mesure d'une jurisprudence stigmatisant les mesures nationales en la matière à l'aune des exigences des libertés de circulation, sans parvenir pour autant à une forme d'intégration positive⁽⁵⁰⁾. Certes, la liberté d'établissement a induit une forme d'autonomie de la volonté, par l'effet de l'affirmation de l'arrêt *Centros* selon laquelle le choix de la loi la plus favorable ne revient pas à un abus de droit. Mais cette liberté de choix n'est pas énoncée comme une règle nouvelle de rattachement se substituant aux règles nationales. De leur côté, les commentateurs n'ont pas manqué de soutenir que des critères du siège réel et de l'incorporation, celui-ci avait l'atout de la simplicité et risquait moins de dissuader la mobilité des sociétés. Or plusieurs affaires ont révélé la possibilité d'entraves émanant de pays d'incorporation, tels le Danemark (*Centros*) et les Pays-Bas (*Inspire Art*), par l'imposition d'exigences à l'égard de sociétés entrantes, ou le Royaume-Uni (*Daily Mail*), par l'exigence de la dissolution préalable d'une société sortante; il en va de

même de pays de siège réel, tels l'Allemagne (*Überseering*, *SEVIC Systems*), la Hongrie⁽⁵¹⁾ (*Cartesio*, *VALE*) ou la Pologne (*Polbud*)⁽⁵²⁾. Bien plus, la jurisprudence constante se garde, de manière progressivement insistante (*Cartesio*, *VALE*), de tirer une règle de rattachement du droit primaire, en particulier en raison des termes de l'article 54 TFUE ouvrant la voie à la légitimation d'une diversité de critères de rattachement sans privilégier l'un par rapport à l'autre. Ceci n'a pas empêché l'arrêt *VALE* de poser une telle règle pour les opérations de transformation, soumettant celles-ci aux rattachements successifs de la loi d'origine et de la loi de constitution⁽⁵³⁾.

L'arrêt *Polbud* est-il de nature à améliorer la sécurité juridique et à marquer un point de non-retour vers le critère d'incorporation, dans le sens d'une mobilité absolue de sociétés devenues nomades dans l'espace européen ?

Il est permis d'en douter. D'abord, la validation du critère d'incorporation comme notion d'établissement ne sert qu'à étendre le domaine d'application du régime des entraves⁽⁵⁴⁾, non à fonder l'interdiction de toute entrave. Ensuite, la grande chambre s'attache essentiellement à consolider la jurisprudence antérieure, tantôt en y puisant largement (principalement *Daily Mail* et *Centros*, ainsi que *Cartesio* et *VALE*), tantôt en veillant à en éviter toute interprétation excessive (*Daily Mail* et *Cartesio*, au point 42), pour en déduire la confirmation de l'absence d'une règle de rattachement commune et rappeler la portée de l'exception d'abus de droit. Enfin, l'arrêt cristallise la notion de protection impérative des parties prenantes : tout en reprenant l'évocation des notions de protection des créanciers et actionnaires (*National Grid Indus*) et des travailleurs (*AGET Iraklis*)⁽⁵⁵⁾, elle en

49. Le droit allemand par exemple, traditionnellement attaché au critère du siège réel, pratique une faculté de dissociation du siège réel et du siège statutaire par incorporation dans un autre État membre, tout en maintenant le critère du siège réel pour les sociétés ne relevant pas du domaine de la liberté d'établissement : BGH, arrêt du 27 octobre 2008, *N.J.W.*, 2009, 289, cité par P. KINDLER, "L'amministrazione centrale come criterio di collegamento del diritto internazionale privato delle società", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 897-920, p. 912.

50. Sur l'attente d'une intégration positive en ce domaine, voy., récemment, C. GERNER-BEURLER, F. MUCCIARELLI, E.-P. SCHUSTER et M. SIEMS, "The law applicable to companies in Europe : Study and possible reform", *E.C.L.J.*, 2017, p. 148, et leur étude, *Study on the law applicable to companies, Final report*, June 2016, <https://dx.doi.org/10.2838/527231>, p. 7, et le suivi d'une consultation publique de la Commission en été 2017, "EU company law upgraded : Rules on digital solutions and efficient cross-border operations".

51. Le droit hongrois illustre un système hybride, entre incorporation et siège réel. D'une part, la société enregistrée en Hongrie doit y avoir son siège réel ("le centre de direction de ses affaires") (art. 16 de la loi sur l'enregistrement des sociétés). D'autre part, selon l'article 18 du décret-loi relatif au droit international privé, la "loi personnelle" d'une personne morale est celle de l'État d'enregistrement et, subsidiairement, celle du centre de direction si elle est enregistrée ou a des sièges dans plusieurs États, ou si aucun enregistrement n'est prévu par le droit étranger. L'affaire *Cartesio* caractérise à tout le moins une entrave typique d'un État de siège réel, puisque la localisation de ce siège en Hongrie conditionne l'identification de la *lex societatis*.

52. Quoique l'article 17 du Code polonais de droit international privé évoque le critère du siège social sans autre précision, l'interprétation dominante paraît en faveur du siège réel en tant que centre de direction (A. MUCHA, "New chapter in the corporate mobility in Europe - some remarks on the Polish Supreme Court request for a preliminary ruling on the outbound limited company seat transfer in the case C-106/16 *Polbud-Wykonastwo*", *Working Paper 20/2017*, *Instytut Allerbanda*, www.allerhand.pl).

53. Arrêt *VALE Építési*, points 43 et 44. Cette règle est reprise par la proposition de directive de la Commission (précitée note 13), art. 86c nouveau de la directive 2017/1132, sous forme d'un rattachement de type distributif, répartissant les domaines respectifs des lois d'origine et d'accueil : la première régirait la partie des conditions nécessaires à l'obtention du certificat et la seconde, celle des conditions à remplir après obtention de celui-ci.

54. Voy. *supra*, I.2.

55. Arrêt du 21 décembre 2016, C-201/15, EU:C:2016:972. Une référence globale à la protection de ces intérêts par l'État d'accueil apparaît déjà dans l'arrêt *Überseering*.

précise certaines balises lors de l'examen de proportionnalité (voy. *infra*, II).

Bien plus, l'arrêt *Polbud* contient de nouveaux ferments d'un contrôle d'opérations de transformation transfrontalières qui pourraient contredire certains enseignements de la jurisprudence *Centros*, tantôt en précisant les termes d'un rattachement au système juridique de l'État d'accueil (a), tantôt en montrant l'incidence de l'application de lois de police (b).

I.3.a. Règles de rattachement ou de conflit de systèmes ?

Dans ses conclusions, l'avocat général n'avait pas réellement à identifier un jeu de règles européennes de rattachement dès lors que l'essentiel de l'argumentation consistait à exclure l'affaire du domaine de la liberté d'établissement. Néanmoins, en vue de distinguer cette affaire d'autres soumises à la Cour, elle évoque deux règles intéressant le conflit de lois. D'une part, la liberté d'établissement ne donnerait pas aux opérateurs "le libre choix du droit qui leur est applicable" et n'est donc pas pertinente pour fonder un changement du droit applicable à la société en cause (point 38), une position que ne contrediraient ni l'arrêt *Cartesio* - centré sur un cas de transfert de siège réel, avec ou sans transformation - ni même les arrêts *Centros* et *Inspire Art* - occupés par la création d'un établissement dans le pays de siège réel. D'autre part, l'opération de transformation est soumise "à l'application consécutive de deux droits nationaux" (point 42), à l'appui de l'arrêt *VALE*, ce qui donne un titre à l'application de la loi d'origine indépendamment d'une conformité de l'opération à la loi d'accueil.

La grande chambre ne manque pas, de son côté, de s'exprimer à plusieurs reprises en termes de règles de conflit de lois.

Essentiellement, la liberté d'établissement est invocable par la société dès lors qu'elle "a été constituée en conformité avec la législation d'un État membre", en l'espèce le droit polonais, pays de siège réel (point 32). Certes, cette affirmation, relative à l'invocabilité de l'article 49 TFUE en combinaison avec l'article 54 TFUE, ne sert qu'à vérifier la qualité de ressortissant d'un État membre comme condition de titularité (voy. *supra*, I.2.b). Pourtant, l'arrêt en tire ensuite - à l'exemple de l'arrêt *Daily Mail* - un droit à la transformation, mais celui-ci est soumis aux conditions de

la loi de l'État d'accueil (point 33). La conformité à cette loi est à première vue une condition suffisante, à tout le moins pour fixer l'applicabilité de l'article 49 TFUE au transfert du siège statutaire sans transfert de siège réel (point 44).

Peut-on en déduire une règle de rattachement positive, de nature multilatérale, utilisant pour seul critère la désignation de la loi d'un État membre d'accueil choisi par les opérateurs ? Plusieurs éléments incitent à répondre par la négative, tout en observant aussi la présence d'un mécanisme de conflit de lois sous la forme d'une règle de conflit de systèmes.

(i) Évocation de liens de rattachement dans l'arrêt *Polbud*

La technique de lien de rattachement est mobilisée à plusieurs reprises dans le raisonnement de la Cour⁽⁵⁶⁾ aux fins d'établir l'applicabilité de l'article 49 TFUE, sous des formulations similaires mais sensiblement distinctes.

Au visa de l'article 49 TFUE, "la constitution et la gestion" de la société ont lieu aux conditions définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres sociétés (point 33, 1^{re} phrase). Cette formulation - présente dans l'article 49, alinéa 2 - tend essentiellement à illustrer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité adressé à l'État d'établissement, longtemps considéré comme le seul prescrit de cette disposition avant son extension aux mesures indistinctement applicables⁽⁵⁷⁾.

La Cour précise ensuite au départ de l'arrêt *Daily Mail* que le droit à transformation s'exerce conformément aux conditions de la législation de l'État d'établissement, y compris le "critère retenu par ce dernier aux fins du 'rattachement' d'une société à 'son' ordre juridique national" (point 33, 2^e phrase). Cette précision s'accompagne du rappel, en suivi des arrêts *Cartesio* et *VALE*, de la "faculté [pour chaque État membre, en l'état actuel du droit de l'Union] de définir le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon 'sa' législation nationale" (point 43). Ainsi, à défaut de droit dérivé établissant des règles de rattachement communes, l'État reste maître du rattachement, et ce rattachement se limiterait à la désignation, par chaque État, de "sa" législation nationale : autrement dit, la règle de conflit de lois d'un État ne servirait pas à déterminer le rattachement d'une société "étrangère".

56. Voy. les étapes de ce raisonnement *supra*, I.1.

57. Comme témoin d'un passage de la notion de traitement national à celle, plus large, d'entrave, voy. l'arrêt, point 16.

Cette approche conduit à plusieurs déductions sous l'angle de la théorie des conflits de lois.

D'abord, le régime de la liberté d'établissement ne produit, par lui-même, aucune règle de rattachement positive en faveur de l'un ou de l'autre critère de rattachement des sociétés⁽⁵⁸⁾. Dans l'affaire *Polbud*, la Cour a d'autant plus évité de condamner la règle de rattachement polonaise utilisant le critère du siège "social" - majoritairement interprété comme le siège "réel"⁽⁵⁹⁾ - qu'elle a identifié la source de l'entrave, non dans ce critère de rattachement désignant en l'espèce le droit polonais des sociétés, mais dans une règle matérielle de ce droit imposant une liquidation préalable à la transformation (points 47 et 48, et *infra*, point II).

Ensuite, la référence aux conditions de la législation d'un État membre pour ses propres sociétés trahit une règle de conflit de lois de nature unilatérale et non pas multilatérale au sens de la théorie des conflits de lois (ii). Par ailleurs, en évoquant le critère de rattachement d'une société prévu par la loi de l'État d'établissement, elle exprime une méthode de conflit de lois qui relève de la technique du renvoi ou de celle du conflit de systèmes (iii).

(ii) Évocation de règles unilatérales inhérente à la détermination de la nationalité ?

Une règle unilatérale de conflit de lois est celle qui, au lieu de permettre la désignation de la loi de tout État en fonction d'un critère de localisation défini de manière objective, telle la nationalité ou la résidence d'une personne, se contente de circonscrire le domaine d'application dans l'espace des seules lois de l'État dont émane la règle⁽⁶⁰⁾. De telles règles se rencontrent nécessairement en droit international privé pour la détermination de la nationalité d'une personne physique, comme en témoigne la codification du droit international réalisée par la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité. Pour les personnes morales aussi, la détermination de la nationalité s'avère nécessaire chaque fois qu'un texte légal ou conventionnel utilise une condition de nationalité, comme le fait l'article 54

TFUE pour assurer l'effet utile de l'article 49 TFUE. On sait également combien ce principe de répartition des compétences étatiques engendre des conflits de nationalités, pour les personnes physiques mais aussi pour les personnes morales. Ainsi, une société établie dans un pays de siège réel mais enregistrée dans un pays d'incorporation se voit attribuer par hypothèse la nationalité de chacun de ces États. Elle pourrait apparemment alors invoquer la nationalité la plus favorable pour bénéficier d'un droit subjectif lié à l'une ou l'autre de ces nationalités⁽⁶¹⁾. De même, la méthode unilatéraliste de résolution des conflits de lois sied à la réalisation de la politique législative d'un État déterminé, mais est impuissante à apporter des solutions convergentes. Le droit général des conflits de lois cherche à y remédier pour les besoins du rattachement du rapport de droit privé, tantôt en retenant parmi les nationalités celle qu'il y a lieu de privilégier⁽⁶²⁾, tantôt en substituant un autre critère plus opérationnel, par exemple la résidence habituelle, pour le statut des personnes physiques, en matière de divorce, tout en préservant le critère de nationalité pour d'autres questions, telle l'identité ou la capacité.

Autre est la question de savoir s'il est possible de dissocier, dans le cas d'une personne morale, la question de la nationalité de celle du droit applicable au rapport sociétaire. À tout le moins, la jurisprudence constante de la Cour le nie, du fait que la société, en raison de son abstraction, ne peut tirer son existence même que du droit d'un État. Ceci peut expliquer l'unilatéralité des termes de l'arrêt *Polbud* (points 33 et 43) évoquant le critère utilisé par l'État d'accueil pour identifier "ses" sociétés, mais l'arrêt le fait en même temps à propos du "rattachement", terme propre à identifier le droit régissant un rapport juridique, telle la *lex societatis*. La confusion opérée entre nationalité et droit applicable condamnerait ainsi à exprimer tout rattachement des sociétés sous une formulation unilatérale, alors que le droit comparé des conflits de lois en matière de sociétés connaît des rattachements multilatéraux. Pour autant, toute possibilité de dissociation entre les conditions d'existence de la personnalité et d'autres conditions relatives au rapport juridique sociétaire ne devrait pas être écartée d'emblée et mériterait d'être plus amplement explorée⁽⁶³⁾.

58. Voy., dans le même sens, l'exposé des motifs de la proposition de directive de la Commission (précitée, note 13), p. 4, et le considérant 3 de la proposition.

59. Voy. A. MUCHA, précité, note 52.

60. Sur cette notion générale, voy. not. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 3.44 et 3.45.

61. Pour un cas d'application d'un instrument conventionnel forçant le juge national à retenir une solution fonctionnelle du conflit de nationalités, voy. Cass., 5 décembre 1994, *Indra Cy.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 5, note J. VERHOEVEN, *T.V.R.*, 1995, p. 411, note F. PETILLION, à propos de la convention bilatérale de protection des investissements conclue avec le Liberia, pour les besoins de l'appréciation des conditions d'une *cautio judicatum solvi*.

62. Convention de La Haye de 1930, art. 3; art. 3 Codip.

63. Ainsi, la reconnaissance de l'existence de la personnalité et de la capacité d'ester qui en découle peut relever normalement de la loi de constitution (en ce sens : arrêt du 11 octobre 2001, *Oder-Plan Architektur*, C-77/99, EU:C:2001:531; arrêt du 17 mars 2005, *AMI Semiconductor*, C-294/02, EU:C:2005:172, ainsi que les arrêts *Daily Mail*, point 19, et *Überseering*, point 81), sans exclure tout autre rattachement de questions relatives au fonctionnement et à la liquidation, voire à certains aspects de la constitution, tel le capital social ou l'existence de l'un ou l'autre organe.

Le droit du marché intérieur a encore permis de produire une approche particulière de la résolution des conflits de lois, en déduisant du principe de liberté de circulation une méthode de reconnaissance de rapports juridiques valablement établis à l'étranger en conformité avec le droit d'un État membre⁽⁶⁴⁾. Or l'arrêt *Polbud* semble montrer le recours à une technique inhérente à cette méthode, faisant appel à une règle de conflit de systèmes.

(iii) Formulation d'une règle de conflit de systèmes inhérente au principe de reconnaissance mutuelle ?

L'évocation, par l'arrêt *Polbud*, d'un rattachement de la transformation au droit de l'État d'établissement, est remarquable par la précision nouvelle apportée. En effet, ce droit se comprend comme composé non de ses règles matérielles sur les sociétés, mais "du critère retenu par ce dernier aux fins du rattachement" (point 33). Ainsi, le rattachement est à double étage : le premier désigne le droit de l'État d'établissement et le second, la règle de conflit de lois de cet État. D'emblée, la comparaison s'impose avec la technique générale du renvoi, selon laquelle le juge saisi applique d'abord sa règle de conflit de lois et, lorsque celle-ci désigne un droit étranger, il applique la loi matérielle désignée par la règle de conflit de ce droit étranger⁽⁶⁵⁾. En matière de sociétés, le Code belge de droit international privé utilise cette technique (art. 110.2) : lorsque le critère du siège réel désigne un droit étranger, le juge belge tient compte du critère d'incorporation éventuellement retenu par ce droit; la technique cherche ainsi à concilier les critères de siège réel et d'incorporation.

Une telle évocation de la règle de rattachement de l'État d'établissement semble cependant moins proche de la technique du renvoi que de celle d'une "règle de conflit de systèmes" ou de "for du raisonnement"⁽⁶⁶⁾. Selon ce procédé, l'autorité nationale saisie du litige applique, non sa propre règle de rattachement, mais celle des autorités d'un autre État jugé

plus approprié pour déterminer le droit applicable. Cet État est identifié sans utiliser la règle de rattachement du for : le système institutionnel doit alors comporter un mécanisme autonome de désignation du système étranger pertinent⁽⁶⁷⁾. Ainsi, dans le contexte de la liberté d'établissement, la désignation du système de l'État d'établissement résulterait d'une règle propre au système de l'Union et non de la règle de rattachement du juge saisi; cette règle européenne servirait à identifier le système juridique pertinent, auquel est alors emprunté le mécanisme de désignation du droit applicable, sans avoir à toucher à la règle de rattachement de l'État d'origine. Un processus analogue se rencontre dans une clause de marché intérieur, selon le modèle de l'article 3 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique tel qu'interprété par l'arrêt *eDate Advertising*⁽⁶⁸⁾ : cette méthode apparaîtrait alors comme un corollaire du principe de reconnaissance mutuelle.

Selon ce modèle, dans l'affaire *Polbud*, l'autorité polonaise se voit amenée à appliquer, non la règle de rattachement polonaise, mais une règle de conflit de systèmes appartenant au droit de l'Union et désignant la règle de rattachement luxembourgeoise en tant que règle de l'État d'accueil. Si cette règle désigne le droit de l'État du siège réel et que celui-ci a été maintenu en Pologne, le droit matériel des sociétés polonaises devient seul applicable - et, par ailleurs, la société ne se voit pas attribuer la nationalité luxembourgeoise⁽⁶⁹⁾. En revanche, lorsque la règle de rattachement de l'État d'accueil utilise le critère d'incorporation, la société immigrante se voit alors soumise au droit matériel des sociétés de cet État.

Pour sa part, la proposition de directive de la Commission s'attache à retenir l'incidence pratique de l'arrêt *Polbud* à ce propos, à savoir que l'opération de transformation ne saurait contourner les conditions d'enregistrement posées par la loi de l'État de destination, telle l'obligation de localiser le siège de direction dans cet État⁽⁷⁰⁾.

64. Voy., sur cette méthode générale de reconnaissance, notamment, P. LAGARDE, "La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?", *Rec. cours Ac. dr. int.*, 2014, t. 371, p. 9-42; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017. Encore que cette méthode, qu'il reste à affiner, exige normalement que le rapport juridique étranger ait été cristallisé valablement dans un pays avec lequel il présente un lien suffisant de proximité.

65. Sur cette technique, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 6.13 et s.

66. Sur cette notion, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 6.42 et s.

67. Ainsi en droit international privé, lorsque la compétence du for est fondée sur un critère exorbitant, telle la présence d'un bien ou d'une personne sur le territoire du for, une règle de proximité peut servir à cet effet.

68. Arrêt du 25 octobre 2011, C-509/09 e.a., EU:C:2011:685, selon le commentaire de S. FRANCO, *J.C.P. Semaine juridique*, 2012, 28.

69. La circonstance qu'en l'espèce, la société ait pu être enregistrée au registre luxembourgeois des sociétés par l'organe compétent ne signifie pas qu'elle ait été valablement (re)constituée conformément au droit luxembourgeois (voy. *infra*, note 072). La solution ne serait pas différente dans un cas similaire belge-luxembourgeois, ni même apparemment en cas de modification de la règle belge de rattachement existante en faveur du critère d'incorporation.

70. Considérant 8 du préambule de la proposition (précitée, note 13). Dans l'affaire *Polbud*, il s'agirait que le droit luxembourgeois de destination, tout en prévoyant une condition d'enregistrement, exigeait pratiquement aussi une localisation du siège de direction au Luxembourg (voy. *infra*, note 72), ce qui ne correspondait pas à l'intention initiale des auteurs de l'opération selon les termes de la question préjudicielle (voy. *supra*, I).

I.3.b. Des freins au choix de la loi la plus favorable ?

La validation, par l'arrêt *Centros*, du choix par les fondateurs de la loi la plus avantageuse pour régir la société, peut être perçue comme un appel à démanteler la politique de l'État en droit des sociétés. On peut certes y voir la faculté, pour les fondateurs, de choisir la loi de tout État du seul fait de l'enregistrement dans le registre des sociétés - si celui-ci existe - de cet État et ce, conformément au droit de cet État. Et indiscutablement, l'arrêt *Polbud* permet de faciliter une transformation suivant le critère d'incorporation, mais sans la garantir pour autant. En effet, on a vu combien la formulation positive d'une règle de choix dans la jurisprudence reste hypothétique. De plus, si règle de conflit de systèmes ou règle de renvoi il y a dans cette jurisprudence, cette technique, en se référant à la règle de rattachement de l'État où a lieu l'enregistrement, est inconciliable avec le principe d'autonomie de la volonté : celui-ci cherche en effet normalement à respecter la volonté de désigner les règles matérielles du droit national choisi⁽⁷¹⁾. Au demeurant, l'insistance de la Cour à soumettre la validité de l'opération de transformation "aux conditions définies" par le droit de l'État d'accueil (point 33) donne à penser que cette soumission, en quelque sorte volontaire, n'échappe pas aux exigences - le cas échéant peu favorables - de ce législateur : cette nuance pourrait marquer un frein au potentiel de l'arrêt *Centros*.

De fait, il n'est pas certain que dans l'affaire *Polbud*, les opérateurs aient adopté une stratégie judicieuse en procédant seulement à une incorporation au Luxembourg par inscription au registre des sociétés aux fins de transformation en société de droit luxembourgeois. En effet, si telle était bien leur volonté - et pourvu de s'en tenir au raisonnement de la Cour ne voyant pas de volonté de transférer également le siège réel -, il s'avère que le critère de rattachement luxembourgeois n'est pas l'incorporation, mais la localisation du siège réel de la société⁽⁷²⁾ - élément

non relevé par l'arrêt. Par conséquent, dans l'attente de tout transfert de siège réel, la société restait normalement régie par le droit polonais et ce en raison du critère de rattachement du droit luxembourgeois.

Un libre choix de la *lex societatis* peut encore connaître deux freins, évoqués par l'arrêt *Polbud*.

(i) L'argument d'abus de droit ou de fraude à la loi et les situations internes

Le droit de l'Union permet de neutraliser l'exercice abusif du droit européen⁽⁷³⁾ : le concept de société "boîte aux lettres" ne lui est pas inconnu⁽⁷⁴⁾. Il en va de même du droit international privé à l'égard de la fraude à la loi⁽⁷⁵⁾. Or l'une et l'autre notions sont bien évoquées en matière de sociétés, dès l'arrêt *Centros*, pour exclure aussitôt que la constitution d'une société de pure forme dans un État membre autre que celui où elle exerce l'ensemble de ses activités constitue "en soi" un usage abusif de la liberté d'établissement, même lorsque le choix du pays d'incorporation est guidé par la recherche des règles "les moins contraignantes" (point 27). On sait combien cet arrêt fonde le rejet de l'argument sur la nature même du droit d'établissement (point 21) dont, autrement, l'objectif (point 25) serait en quelque sorte dépourvu d'effet utile (point 30). De son côté, le gouvernement danois avait formulé l'argument en des termes empruntés au droit des conflits de lois⁽⁷⁶⁾ : dans les circonstances de l'espèce, la constitution d'une société en l'absence de toute activité dans ce pays pour échapper au droit des sociétés du pays où se localise cette activité "ne constituerait pas un élément d'extranéité pertinent" (point 16).

Une évocation de la théorie de la fraude à la loi en la présente matière est judicieuse sous l'angle du droit privé : si on considère la matière contractuelle qui constitue le siège du principe d'autonomie de la volonté, le seul fait de choisir une loi étrangère alors que le rapport contractuel se localise entièrement dans un seul État ne suffit pas nécessairement à en

71. Il en va de même de la technique du renvoi en droit des conflits de lois. Voy. notamment F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 14.42.

72. Selon l'article 159 des lois coordonnées sur les sociétés, "Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé à l'étranger", alors que, selon l'article 158, "Toutes sociétés ou associations constituées ou ayant leur siège en pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice au Luxembourg". L'article 159 précise que "Lorsqu'une société a son domicile au Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée". Selon l'article 2, le domicile est au "siège de l'administration centrale [et celle-ci] est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société" (*Mémorial luxembourgeois* A-593, www.data.legilux.public.lu).

73. Voy., récemment, R. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012. Comme affirmation d'un principe général de droit de l'Union, voy., récemment, arrêt du 7 septembre 2017, *Egiom & Enka*, C-6/16, EU:C:2017:641. Pour une application à l'hypothèse d'un mariage de complaisance, voy. arrêt du 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491.

74. En matière de fiscalité des sociétés : arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, EU:C:2006:544; en matière de TVA : arrêt du 28 juin 2007, *Planzer Luxembourg*, C-73/06, EU:C:2007:397, avec une concrétisation affinée du critère du "siège de l'activité économique" renvoyant au centre de direction et au lieu d'exercice de l'administration centrale et distinguant les facteurs de premier et de second rangs; en matière d'insolvabilité : arrêt du 2 mai 2006, *Eurofood*, C-341/04, EU:C:2006:281; en matière de détachement des travailleurs : arrêt du 10 février 2000, *FTS*, C-202/97, EU:C:2000:75.

75. Sur cette notion générale, voy., par exemple, F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 5.73 et s.

76. Pour de tels termes, voy., par exemple, l'art. 18 Codip.

faire un contrat international⁽⁷⁷⁾ ou, du moins, à empêcher l'application de toute règle impérative quelconque du droit de cet État (art. 3.3 du règlement Rome I⁽⁷⁸⁾). Plus généralement, en droit des conflits de lois, la théorie de la fraude à la loi permet de neutraliser l'application du droit désigné par la règle de rattachement, lorsque le critère pertinent a été exploité, dans l'intention de se soustraire au droit normalement applicable, par un montage artificiel rendu possible du fait que le critère de rattachement utilise une modalité formelle, telle l'attribution d'une nationalité ou, pour le domicile, l'inscription dans un registre public, sans s'accompagner d'aucune effectivité. Cependant, comme pour l'abus de droit, l'argument de fraude à la loi ne permet au juge saisi que d'opérer une appréciation *in concreto*, en fonction des circonstances de l'espèce. C'est alors au législateur qu'il revient de prévenir de tels comportements, en évitant précisément d'utiliser des critères de rattachement purement formels lorsqu'ils risquent d'être dépourvus de toute effectivité, tel le critère de l'inscription dans un registre public⁽⁷⁹⁾.

L'arrêt *Polbud* ne manque pas de répéter la légitimité d'un recours de l'État d'origine à l'argument de l'abus. Il s'en tient à cet égard à la formule *Centros*, en rappelant que la localisation du siège statutaire n'est pas constitutive d'abus "en soi" (point 40), et ce pour définir le domaine d'application de l'article 49 TFUE. L'argument revient ensuite, comme dans l'arrêt *Centros*, au moment d'évaluer la justification de l'entrave, car le gouvernement polonais invoquait pour raison impérieuse, notamment, "l'objectif de lutte contre les pratiques abusives" (point 60) : il reçoit pour réponse l'interdiction de toute "présomption générale de fraude", sans exclure tout contrôle en fonction des circonstances de l'espèce (voy. *infra*, II).

La jurisprudence ne réfute donc pas toute possibilité de neutraliser un montage artificiel. Le contrôle de l'abus de droit ou de la fraude à la loi pourrait avoir pour terrain de prédilection une situation essentiellement interne, dont tous les éléments se localisent

dans un même État à l'exception de celui correspondant au critère de rattachement pertinent.

De son côté, la Commission a bien perçu, dans l'arrêt, une tonalité nouvelle à l'encontre des montages artificiels, à laquelle font également écho certains États membres à l'occasion des travaux ayant conduit à la nouvelle proposition de directive. À ses yeux, les abus potentiels que pourrait susciter une facilitation des opérations de transformation transfrontalières appellent à des mesures de sauvegarde, en particulier dans l'intérêt des parties prenantes, mesures de nature préventive conditionnant l'obtention du certificat prérequis pour la réalisation de la transformation⁽⁸⁰⁾. La proposition de directive y verrait une "obligation", pour l'État de sortie, de s'assurer de l'absence d'intention de créer un montage artificiel, par la mise en place d'une procédure de contrôle *ex ante*⁽⁸¹⁾, dont les termes seraient définis par l'article 86.n nouveau de la directive 2017/1132.

(ii) Effet des lois de police de la loi de constitution

L'arrêt *Polbud* évoque un second frein, plus déterminant, à une liberté de choix *de facto* de la loi applicable à la société dans le contexte d'une transformation.

Même si la Cour énonce la possibilité d'une transformation conforme à la loi nationale désignée par le droit de l'État d'établissement, donnant à entendre que cette condition puisse être suffisante, certains indices suggèrent qu'il peut en être autrement.

Il faut rappeler d'emblée la règle déjà énoncée par la jurisprudence antérieure, et rappelée par l'avocat général (point 42), selon laquelle en cas de transfert de siège, l'opération est régie successivement par la loi d'origine puis par la loi d'accueil. En d'autres termes, la transformation se doit de respecter deux droits, de manière successive (voy. *supra*, I.3.a). Ce rattachement répartit les domaines respectifs des deux lois nationales concernées, en dissociant les conditions de la sortie et celles de l'entrée⁽⁸²⁾. L'arrêt

77. Voy. en France, où la question a été largement débattue, la jurisprudence présumant une qualification du contrat comme international ou affectant le commerce international : Cass. com., 19 janvier 1976, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 503, note H. BATIFFOL; Cass. Civ., 4 novembre 1981, *J.C.P. Semaine juridique*, 1982, IV, 30.

78. Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, 2008, L 177. Celui-ci ne vise au demeurant que les "situations comportant un conflit de lois" (art. 1), ce qui s'entend comme une situation soulevant la vocation concurrente de plusieurs lois nationales (C. KOHLER, "L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme", *Rec. Cours Ac. dr. int.*, 2012, t. 359, p. 340).

79. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 5.67.

80. Exposé des motifs de la proposition de directive (précitée, note 13), p. 3 et 5. La Commission relève également que la crainte de transferts de sociétés boîte aux lettres pousse certains États membres à soumettre une transformation à la condition d'un transfert de siège réel poursuivant des "genuine business purposes" (p. 18).

81. Considérants 7 et 9 du préambule.

82. Sur les notions de rattachement disjonctif et de conflit mobile, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 3.52 et 5.68 et s. En droit des sociétés, l'opération de transfert donne bien lieu à une forme de répartition des domaines respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle due au conflit mobile. Cependant, le rattachement peut avoir un effet cumulatif, en particulier sur la question du maintien de la personnalité, lorsque ce maintien est admis par chacune des lois (voy., en droit belge, l'art. 112.1 du Code de droit international privé). Ceci est sans préjudice du contexte européen, qui peut exiger que chacun des droits nationaux contienne une règle matérielle du droit des sociétés assurant le maintien de la personnalité.

Polbud ne le rappelle pas explicitement. Pourtant, l'incidence de la loi d'origine est bien présente, mais à un autre titre qu'un rattachement successif.

L'enchaînement des questions préjudicielles par la Cour montre une prise en compte de la loi d'origine. En effet, après avoir constaté l'applicabilité de la liberté d'établissement, l'arrêt répond à la question des conditions dans lesquelles les règles matérielles de la loi d'origine pourraient encore être compatibles avec l'exercice de cette liberté. Cette réponse n'a de sens que si on présuppose l'applicabilité de ces règles matérielles de l'État d'origine.

Or au moment d'admettre la légitimité de l'objectif de protection des intérêts des parties prenantes (point 54), la Cour permet l'application de dispositions de la loi d'origine protectrices des parties prenantes d'une société constituée conformément à cette loi et qui "continue à exercer ses activités sur le territoire national", afin que ces intérêts "ne soient pas indûment affectés" par la transformation en une société relevant d'un autre État membre (point 55).

Est ainsi confirmée la possibilité d'appliquer des mesures réglementaires de l'État d'origine, mais cette possibilité semble soumise à une condition de nature territoriale, relative à la localisation de l'exercice de l'activité de la société après transformation, c'est-à-dire à un moment où la société est désormais régie par la *lex societatis* désignée par le système juridique de l'État d'accueil.

Sans se prononcer ici sur la pertinence de ce critère, il suffit de chercher à identifier cette conditionnalité sous l'angle du droit général des conflits de lois. Or on peut y voir les éléments constitutifs de l'applicabilité de lois de police, à savoir de règles impératives cruciales pour la sauvegarde des intérêts publics de l'État selon la formule admise désormais par plusieurs règlements sur le modèle de l'article 9.1 du règlement Rome I en matière contractuelle : de telles règles peuvent manifester leur volonté d'application à toute situation entrant dans leur domaine, tel que défini par un critère spécial de localisation, par exemple le lieu d'exercice d'une activité. Sans nier pour autant la soumission du rapport juridique en tant que tel au droit désigné par la règle de rattachement (la *lex*

societatis), la règle spéciale d'applicabilité accompagnant de telles règles impératives constitue une règle dérogatoire de conflit de lois, dont la portée se limite aux règles matérielles particulières qu'elle vise spécifiquement⁽⁸³⁾.

Un tel phénomène dérogatoire n'est pas incompatible avec un concept de libre choix du droit applicable par les parties. Au contraire, il apparaît généralement comme un corollaire accompagnant le principe d'autonomie ou, pour le dire autrement, celui-ci se conçoit mal sans la contrepartie des lois de police⁽⁸⁴⁾.

La proposition de directive de la Commission fait état d'une telle préoccupation, confirmant que les opportunités nouvelles offertes aux entreprises par la jurisprudence relative au marché unique doivent se concilier avec d'autres objectifs inhérents à l'intégration européenne, telle la protection des parties prenantes⁽⁸⁵⁾. Au vrai, cet impératif de protection configure l'objet essentiel de la proposition, centrée sur l'organisation minutieuse des procédures de sortie et d'entrée qui caractérisent une opération de transformation transfrontalière. En revanche, l'applicabilité de ces règles matérielles de protection ne serait pas fonction d'une continuation des activités économiques de l'entreprise dans l'État d'origine : la Commission substitue à ce critère certaines règles de rattachement, à savoir, pour la protection des actionnaires, la désignation de la loi de l'État membre d'origine et, pour la participation des travailleurs, celle de la loi de l'État membre d'accueil pourvu que celle-ci offre un niveau de protection égal, y compris pour les travailleurs occupés dans d'autres États membres après la transformation⁽⁸⁶⁾.

II. Le droit matériel des sociétés au regard du régime de la liberté d'établissement

L'originalité de l'arrêt *Polbud* tient d'abord à l'affirmation de l'applicabilité de l'article 49 TFUE à une hypothèse de transformation intra-européenne d'une société⁽⁸⁷⁾, du seul fait de son incorporation par une inscription au registre des sociétés de l'État membre d'accueil, conformément au droit applicable selon cet État, et sans création d'un établissement effectif et

83. Sur cette notion, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 4.11 et s., et une illustration dans l'art. 20 Codip.

84. Selon C. KOHLER, précité, note 78, p. 472.

85. Considérant 4 du préambule de la proposition (précitée, note 13).

86. Respectivement, art. 86j et art. 86l nouveaux de la directive 2017/1132. En outre, les modalités de notification de l'achèvement de l'opération de transformation dans les registres pertinents sont régies, distributivement, par les lois des États d'origine et de destination, chacun en ce qui concerne son propre territoire (art. 86q).

87. Est visé à travers cette notion, "le transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation en une société relevant du droit de ce dernier, en conformité avec les conditions imposées par la législation de celui-ci" (point 45).

durable⁽⁸⁸⁾. Dans un deuxième temps, l'arrêt *Polbud* détermine la portée de l'interdiction d'une entrave à la liberté d'établissement sur le droit à la transformation transfrontalière. Pour ce faire, la grande chambre analyse successivement la nature exacte de l'entrave en cause et la possibilité de justification au regard du régime institué par l'article 49 TFUE (II.1).

Tout en induisant une facilitation de l'opération de transformation transfrontalière, dans la ligne de la jurisprudence antérieure, l'arrêt *Polbud* formule certaines conditions que doit remplir le droit matériel des sociétés de l'État membre de sortie pour se conformer au régime de la liberté d'établissement. En confirmant l'interdiction d'imposer une liquidation préalable et en explicitant les conditions d'une protection des parties prenantes, la grande chambre appelle les États membres à reconsidérer le droit matériel des sociétés applicable aux opérations de transformation intra-européenne (II.2).

II.1. L'application de l'interdiction des entraves à la transformation transfrontalière

L'affaire *Polbud* amène le commentateur à s'intéresser aux conditions de l'application successive des règles matérielles conditionnant, respectivement, "la sortie" de la société au regard de la *lex societatis* de l'État membre d'origine, applicable jusqu'à la réalisation de l'émigration, et "l'entrée" de la société au regard de la *lex societatis* de l'État membre d'accueil, applicable dès le moment de l'immigration. Elle y ajoute une difficulté particulière, due à la circonstance que la société en cause "continue d'exercer ses activités" dans l'État d'origine⁽⁸⁹⁾.

Dans un premier temps, en effet, le conflit mobile résultant de la transformation transfrontalière entraîne une application successive⁽⁹⁰⁾ - au titre de la *lex societatis* - de la loi des deux États membres en présence⁽⁹¹⁾. De manière chronologique, la procédure et les formalités précédant le transfert du siège social, jusque et y compris les conditions et modalités d'émigration de la société, sont régies logiquement par le droit de l'État membre d'origine⁽⁹²⁾; ensuite, la procé-

dure d'immigration et l'acquisition d'une nouvelle forme sociale dans l'État membre d'accueil sont régies par le droit de cet État. En pratique, cette application successive de lois nationales distinctes se révèle complexe et engendre de nombreuses hésitations relatives à la répartition exacte des domaines respectifs des lois nationales applicables.

Dans un second temps, après que la société a été immatriculée dans l'État membre d'accueil en conformité avec le droit de cet État, elle est désormais régie par la seule *lex societatis* de cet État d'immigration. Même si, dans l'affaire *Polbud*, l'établissement principal (à savoir le siège réel) de la société est demeuré localisé dans l'État membre d'origine, le droit de cet État n'a plus vocation à régir la société en tant que *lex societatis*, à moins que cette loi soit désignée comme applicable par le système juridique de l'État d'accueil⁽⁹³⁾. Cependant, l'arrêt *Polbud* admet que l'État d'origine fasse encore application de ses lois de police⁽⁹⁴⁾, à savoir des règles impératives ou d'ordre public dont le respect est jugé essentiel pour la sauvegarde de certains intérêts sociétaux, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la *lex societatis* applicable.

Quoi qu'il en soit, l'interdiction des entraves à la liberté d'établissement s'étend à l'ensemble des mesures adoptées par un État membre, et ce, qu'elles relèvent de la *lex societatis* ou qu'elles trouvent à s'appliquer au titre de loi de police.

II.1.a. La nature de l'entrave au déplacement du siège social

(i) Typologie des entraves à la transformation transfrontalière

Dans l'arrêt *Daily Mail*, déjà, la Cour de justice indiquait que si, selon leur libellé, les libertés de circulation ont avant tout pour objet d'assurer aux opérateurs économiques le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'une société

88. Voy. *supra*, partie I.

89. Arrêt *Polbud*, point 55.

90. Voy. *supra*, I.3.a. En outre, le rattachement a une portée cumulative du fait de la combinaison d'exigences posées par l'une et par l'autre des lois en présence à l'égard de certains aspects de la procédure, qui requièrent une réponse uniforme (par exemple, la continuation de la personnalité morale; l'admission de l'opération de transfert; la prise d'effet, la nullité du transfert).

91. En ce sens, l'arrêt *VALE*, points 37 et 44.

92. Voy. déjà l'arrêt *Überseering*, point 70.

93. Sur une telle éventualité, dans le cas du système luxembourgeois dont la règle de conflit de lois désigne la loi de situation du siège réel, à savoir, en l'espèce, la loi polonaise, voy. *supra*, I.3.a. L'arrêt *Polbud* évoque cette éventualité en termes théoriques (point 33), sans toutefois en faire la vérification à propos du droit luxembourgeois. Cette hypothèse de renvoi vers le droit polonais n'est donc pas analysée ici.

94. Voy. *supra*, I.3.b. En droit belge, voy. l'art. 20 Codip, qui illustre la notion similaire de "loi d'application immédiate" / "Voorrangsregel".

constituée en conformité de sa législation⁽⁹⁵⁾. Une solution contraire serait, en effet, de nature à vider de leur contenu les droits garantis par les articles 49 et 54 TFUE.

Dans le cadre particulier d'une transformation transfrontalière, le respect du droit d'établissement s'impose donc aussi bien à l'État membre d'émigration (l'État d'origine) qu'à l'État membre d'immigration (l'État d'accueil) de la société. En ce qui concerne spécifiquement le "droit de sortie", l'arrêt *Polbud* confirme, dans la foulée de l'arrêt *Cartesio*⁽⁹⁶⁾, le droit pour une société visée par l'article 54 TFUE de s'émanciper de la loi d'un État membre pour se transformer en une société régie par le droit d'un autre État membre. La législation du pays d'origine ne peut donc pas imposer la dissolution et la liquidation d'une société qui souhaite se transformer en vue de se soumettre au droit de l'État membre d'accueil⁽⁹⁷⁾. Mais la législation de l'État d'accueil peut, de son côté, contenir également des exigences qui conditionnent la transformation et des règles protectrices des parties prenantes⁽⁹⁸⁾ localisées tantôt, dans la réglementation propre aux sociétés, tantôt, dans une autre branche du droit⁽⁹⁹⁾.

L'exercice de cette faculté de transformation est assuré par la liberté d'établissement, pourvu que la continuité de la personnalité morale soit admise par l'État membre d'accueil⁽¹⁰⁰⁾. Dans une telle hypothèse, l'État membre d'origine de la société ne peut pas, en principe, entraver l'émigration de la société en lui appli-

quant des mesures qui découragent ou rendent moins attractif l'exercice de son droit d'établissement⁽¹⁰¹⁾. Néanmoins, il peut, selon l'arrêt *Polbud*⁽¹⁰²⁾, y opposer une raison impérieuse d'intérêt général, dans les limites du respect du principe de proportionnalité.

Conformément à une jurisprudence bien établie, "doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement toutes les mesures (même indistinctement applicables) qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté"⁽¹⁰³⁾. Cette approche traduit la volonté de la Cour d'assurer une protection du droit d'établissement au-delà de la stricte application du principe d'égalité de traitement entre les sociétés nationales et les sociétés soumises au droit d'un autre État membre.

Il reste qu'à défaut de critères précis permettant d'identifier l'entrave, l'élargissement de ce concept aux restrictions non discriminatoires est délicat, singulièrement parce qu'il n'est pas aisé d'identifier *a priori* les mesures constitutives d'une "gêne" à l'exercice de la liberté d'établissement.

(ii) La méthode de détermination de l'entrave utilisée dans l'arrêt Polbud

À cet égard, l'arrêt *Polbud* représente une étape importante dans la construction prétorienne du droit à la transformation intra-européenne des sociétés. D'une part, la grande chambre rappelle, dans la foulée d'autres arrêts⁽¹⁰⁴⁾, qu'un État membre ne peut

95. Voy. arrêt *Daily Mail*, point 16; arrêt du 11 mars 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, EU:C:2004:138, point 42; arrêt du 7 septembre 2006, *N*, C-470/04, EU:C:2006:525, points 34 à 39. Plus récemment, voy. aussi arrêt du 27 novembre 2008, *Papillon*, C-418/07, EU:C:2008:659, point 16; arrêt du 1er octobre 2009, *Gaz de France - Berliner Investissement*, C-247/08, EU:C:2009:600, point 55; arrêt du 21 janvier 2010, *SGI*, C-311/08, EU:C:2010:26, point 39.

96. Dans l'arrêt *Cartesio*, un simple *obiter dictum* appuyait cette solution, tandis que l'affirmation de la Cour est plus nette dans l'arrêt *Polbud*. Voy. déjà l'arrêt *Daily Mail*, point 16.

97. Dans le cadre d'une opération de transfert transfrontalier du siège statutaire, la marge de manœuvre de l'État d'émigration est théoriquement très étroite. Comme l'a rappelé l'avocat général KOKOTT, "l'État de sortie est en principe tenu, au regard du droit de l'Union, d'autoriser l'émigration de la société constituée en vertu de son droit. Il dispose uniquement du pouvoir de décider s'il autorise la société à conserver, de surcroît, sa qualité de société relevant du droit national dudit État" (conclusions précédant l'arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, EU:C:2011:563, point 35).

98. Voy. l'arrêt *Polbud*, point 33.

99. Voy., à cet égard, l'arrêt du 10 décembre 2015, *Kornbaas*, C-594/14, EU:C:2015:806, qui concerne une société en situation d'insolvabilité, régie par le droit britannique mais exerçant l'ensemble de ses activités en Allemagne. Le siège réel - et donc, le centre des intérêts principaux - de la société étant en Allemagne (malgré la localisation du siège statutaire au Royaume-Uni), une procédure d'insolvabilité a pu être ouverte en Allemagne, sur pied de l'art. 4, § 1, du règlement n° 1346/2000. S'est alors posée la question de savoir si, malgré sa soumission à la *lex societatis* britannique, la société pouvait se voir appliquer une disposition de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée prévoyant que "les gérants sont tenus de rembourser à la société les paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la société ou après la constatation de son surendettement". L'originalité de cet arrêt tient au fait que la Cour a validé l'application, à la société, d'une action en responsabilité prévue par la loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée, après avoir indiqué que celle-ci relève de la loi applicable à l'insolvabilité (*lex concursus*) et non de la *lex societatis*. L'arrêt *Kornbaas* met ainsi l'accent sur la nécessité de qualifier préalablement la norme applicable à la société immigrante et d'identifier la catégorie de rattachement dont elle relève, avant de pouvoir apprécier le caractère restrictif de la mesure en cause.

100. Voy. l'arrêt *Cartesio*, points 112 et 113. Il ressort toutefois de l'arrêt *VALE* que la marge de manœuvre de l'État d'accueil est également très étroite : dans cette affaire, le droit hongrois ne pouvait dénier à une société italienne le droit de se transformer en société hongroise, dans la mesure où le droit hongrois organise une telle procédure de transformation interne au bénéfice (exclusif) des sociétés locales. Dans la mesure où la procédure de transformation interne est admise dans la totalité des États membres de l'UE, le bénéfice d'une telle transformation ne peut être dénié aux sociétés ressortissantes d'un autre État membre, à peine de heurter la liberté d'établissement.

101. Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, point 30.

102. Voy. l'arrêt *Polbud*, points 54 et 55.

103. Voy. l'arrêt *National Grid Indus*, point 36.

104. Arrêt *Cartesio*, point 112; arrêt *National Grid Indus*, point 30.

imposer une procédure de dissolution ou de liquidation à une société désireuse de changer de *lex societatis*. Ensuite et surtout, elle indique que la liberté d'établissement s'oppose à ce que l'État membre d'origine soumette l'opération transfrontalière à des conditions plus strictes que celles qui gouvernent la transformation interne⁽¹⁰⁵⁾.

Dans le même sens, la Cour s'était déjà penchée sur l'examen d'une entrave à la sortie dans l'arrêt *National Grid Indus*, qui a permis de baliser la question du traitement fiscal du transfert transfrontalier du siège social⁽¹⁰⁶⁾. La grille d'analyse suivie en l'espèce par la Cour semble illustrer une difficulté à s'émanciper du schéma d'identification de la discrimination en matière de fiscalité directe, notamment lorsqu'elle est confrontée à une mesure nationale susceptible de dissuader un contribuable de quitter son pays d'origine pour s'établir dans un autre État membre⁽¹⁰⁷⁾. La Cour a ainsi procédé à un examen de comparabilité entre la situation d'un contribuable qui souhaite se prévaloir de la liberté d'établissement et celle d'un contribuable qui n'exerce pas cette liberté.

Or l'opération de qualification d'une mesure discriminatoire peut s'avérer délicate à propos du régime juridique de la transformation transfrontalière, lorsque ce régime repose sur des règles qui trouvent également à s'appliquer aux hypothèses de transformation interne. Par ailleurs, la transformation transfrontalière se distingue d'une simple transformation interne, dans la mesure où sa mise en œuvre nécessite la radiation de la société dans l'État membre d'origine et son immatriculation dans l'État membre d'accueil.

Dans ce contexte, il est évident que le caractère transfrontalier de la transformation est susceptible de porter préjudice aux intérêts des créanciers, du personnel et des tiers en général⁽¹⁰⁸⁾. Les intérêts légitimes de ces parties prenantes (*stakeholders*) doivent pouvoir être protégés au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, dans le respect des exigences du droit d'établissement. Pour autant, ces mesures

devraient dans la majorité des cas être qualifiées d'entraves, parce que considérées comme de nature à décourager ou à rendre moins attractif l'exercice de la liberté d'établissement.

Il est significatif que l'arrêt *Polbud* se garde de chercher à qualifier la réglementation polonaise en termes de discrimination. Au contraire, il s'attarde uniquement à identifier une "restriction", terme générique couvrant toute "gêne" de nature à "dissuader" l'exercice de la liberté de circulation (points 46 et 51), terminologie apte à couvrir toute réglementation indistinctement applicable. En l'espèce, la Cour constate que, si la loi polonaise de droit international privé assure la poursuite de "la personnalité juridique" (point 47), le Code polonais des sociétés commerciales en impose encore "la dissolution au terme de la procédure de liquidation" (point 48).

Ainsi, la Cour de justice est amenée à sanctionner des dispositions imposant une liquidation ou une dissolution de la société émigrante, car celles-ci constituent la négation même du droit d'établissement. Néanmoins, elle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la conformité au droit de l'Union d'une réglementation nationale organisant spécifiquement, à l'entrée ou à la sortie, le régime juridique de la transformation transfrontalière. Il faut dire que de nombreux États membres ne tiennent pas compte des enseignements de la jurisprudence européenne, puisqu'ils interdisent encore, ou rendent pratiquement impossible, la réalisation d'une transformation transfrontalière⁽¹⁰⁹⁾.

(iii) Les entraves potentielles "à la sortie"

Si l'on excepte l'arrêt *Daily Mail*⁽¹¹⁰⁾, seuls les arrêts *Cartesio*, *National Grid Indus* et *Polbud* ont permis à la Cour de se prononcer sur l'existence d'une entrave à la sortie du siège social. Il découle de ces arrêts que peuvent être qualifiées d'entraves, les mesures nationales suivantes :

105. Arrêt *Polbud*, point 43.

106. Dans cet arrêt, l'identification de la "gêne" qui caractérise la restriction a été réalisée en démontrant que selon la législation néerlandaise, le transfert du siège de direction effective à l'étranger est traité de manière désavantageuse, sous l'angle fiscal, comparativement à un transfert du siège à l'intérieur du territoire national. Dans cette mesure, la réglementation néerlandaise était de nature à décourager ou à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement de ses propres sociétés nationales.

107. Comp. N. BAMMENS, *The principle of non-discrimination in international and European tax law*, Amsterdam, IBFD doctoral Series, 2012, p. 549.

108. En ce sens, voy. not. les conclusions de l'avocat général KOKOTT précédant l'arrêt *Polbud*, points 60, 62 et 64. Voy. aussi C. GERNER-BEUERLE, F. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, "Cross-border reincorporations in the European Union : the case for comprehensive harmonization", *Journal of Corporate Law Studies*, 2017, p. 5-6 et p. 15.

109. C. GERNER-BEUERLE, F. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER et M. SIEMS, précités, p. 17-25.

110. Pour rappel, cette affaire concernait une société de droit anglais désireuse de transférer sa résidence fiscale (à savoir, son siège réel) aux Pays-Bas, en vue d'être soumise à l'impôt des sociétés néerlandais, tout en continuant de se prévaloir de la *lex societatis britannique*. La disposition nationale soumise à la censure de la Cour était une disposition de droit anglais qui subordonnait la validité d'un tel transfert à l'obtention d'une autorisation de l'administration fiscale britannique. La Cour a cependant refusé d'accorder le bénéfice du droit d'établissement à la société émigrante, au motif que les règles de rattachement des sociétés relèvent de la compétence des législations nationales.

- une disposition qui interdit le déplacement du siège social motivé par le changement de *lex societatis*, ou qui subordonne la transformation transfrontalière à une dissolution ou à une liquidation préalable de la société (arrêt *Cartesio*, point 112; arrêt *Polbud*, point 51);
- une disposition qui subordonne la transformation transfrontalière à des conditions/modalités plus restrictives ou onéreuses que celles qui s'appliquent à une transformation interne (arrêt *Polbud*, point 43);
- une disposition qui subordonne la transformation transfrontalière au recouvrement immédiat d'un impôt d'émigration (*exit tax*) frappant les plus-values latentes existant au moment du transfert du siège de la société (arrêt *National Grid Indus*, point 85).

Sous l'angle du droit d'émigration, le risque est élevé de voir poindre de nouvelles entraves issues de la procédure de radiation des sociétés, ou d'une disposition de droit matériel subordonnant la transformation transfrontalière à une formalité à laquelle les transformations purement internes ne sont pas soumises.

(iv) Les entraves potentielles “à l'entrée”

Les affaires soumises à la juridiction européenne lui ont permis de baliser plus nettement la problématique des entraves mises à l'entrée du siège social, qu'il s'agisse tantôt du siège réel, tantôt du siège statutaire, en distinguant :

- une disposition prévoyant le refus d'immatriculer une succursale (étant, en réalité, l'établissement principal) d'une société dont le siège social est situé dans un autre État membre, au motif que la société cherchait en réalité à constituer dans l'État d'accueil non pas une succursale, mais un établissement principal, en éludant les règles nationales relatives, notamment, à la libération d'un capital minimal (arrêt *Centros*, point 30). Il en va de même d'une disposition qui soumet l'établissement d'une telle succursale à certaines conditions prévues en droit interne en matière de constitution de sociétés, et portant sur des exigences de capital minimum et un régime de responsabilité des administrateurs (arrêt *Inspire Art*, points 142 et 143);
- une disposition interdisant la reconnaissance de la capacité ou de la personnalité juridique d'une société valablement constituée selon le droit d'un autre État membre et ce, même si le siège réel de la société est déplacé vers le territoire de l'État d'accueil en suite d'un changement d'actionariat et que cet État connaît la théorie du siège réel (arrêt *Überseering*, point 82);
- une disposition interdisant l'inscription au registre des sociétés d'une fusion par absorption intra-européenne, lorsque la société absorbée est établie dans un État membre différent de celui où est établie la société absorbante (arrêt *SEVIC*, point 22);
- une disposition interdisant ou rendant plus complexe ou onéreuse la transformation intra-européenne et l'adoption d'une forme sociétaire locale d'une société ressortissant d'un autre État membre, par comparaison avec la procédure qui prévaut pour la transformation interne des sociétés (arrêt *VALE*, point 36).

Sous l'angle du droit d'immigration, sont donc interdites, les dispositions de droit matériel qui consacreraient une différence de traitement selon la nature interne ou transfrontalière de la transformation, et auraient pour effet de décourager les sociétés dont le siège social est situé dans un autre État membre d'exercer leur liberté de s'établir dans l'État d'accueil. En d'autres termes, la liberté d'établissement implique le droit, pour une société migrante, de bénéficier, dans l'État membre d'accueil, d'une égalité de traitement, par rapport aux sociétés locales. Ainsi que l'a rappelé l'arrêt *VALE*, l'État d'accueil est tenu d'organiser la transformation d'une société de droit étranger en une société locale, en respectant les principes d'*équivalence* et d'*effectivité* qui encadrent traditionnellement l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres en cette matière⁽¹¹¹⁾.

En outre, dans la législation de l'État d'accueil, une catégorie importante d'entraves potentielles résulte de l'application des lois de police, à savoir des règles impératives ou d'ordre public qui ont vocation à s'appliquer directement - sans médiation de la règle de conflit de lois - aux sociétés étrangères développant une activité économique sur le territoire national, lorsque la situation entre dans leur champ d'application⁽¹¹²⁾. Dérogeant à la loi désignée par la règle de rat-

111. Arrêt *VALE*, points 48 à 59. Sur la mise en œuvre de la transformation transfrontalière dans l'État d'accueil, voy. not. E.-J. NAVEZ, “La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ?”, note sous l'arrêt *VALE* du 12 juillet 2012, *R.P.S.*, 2013, n° 20 et s., p. 256 et s. Comme l'a justement relevé S. FRANCO, l'invocation de ces principes n'était cependant nullement nécessaire, dès lors qu'un simple examen fondé sur le régime de l'entrave eût mené au même résultat (obs. sous CJUE, 12 juillet 2012, C-378/10, *Vale, J.D.I. (Clunet)*, 2013, chron. 4, p. 630).

112. Pour cette raison, ces dispositions sont généralement baptisées “lois d'application immédiate” (F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 4.6).

tachement, au nom d'objectifs de gouvernance économique ou de politique législative locale⁽¹¹³⁾, les lois de police peuvent être identifiées dans les législations les plus diverses, telles que la réglementation spécifique aux sociétés⁽¹¹⁴⁾; les règles de procédure, le droit de la concurrence (par exemple, les dispositions relatives aux concentrations); les règles régissant l'organisation du marché financier; le droit boursier; le droit pénal; le droit du travail (par exemple, la représentation des salariés dans les organes sociaux)⁽¹¹⁵⁾, ou encore le droit de la responsabilité. Ces différentes dispositions ont en commun de trouver leur raison d'être dans un objectif qui excède le simple intérêt privé, ce qui justifie qu'elles entendent s'appliquer quel que soit le droit désigné par la règle de conflit de lois.

Enfin, rappelons que certaines dispositions protectrices des parties prenantes peuvent trouver à s'appliquer en tant qu'elles relèvent d'une catégorie de rattachement régissant une situation juridique particulière, telle l'insolvabilité d'une société. Ainsi, dans l'arrêt *Kornbaas*⁽¹¹⁶⁾, la Cour a-t-elle validé l'application à une société régie par le droit anglais, mais dont le siège réel - et donc, le centre des intérêts principaux - était localisé en Allemagne, d'une action en responsabilité organisée par le droit allemand des sociétés, au motif "qu'une disposition nationale (...) en vertu de laquelle le gérant d'une société insolvable doit rembourser des paiements qu'il a effectués pour le compte de cette société après la survenance de l'insolvabilité de celle-ci, déroge aux règles communes du droit civil et commercial, et ce en raison de l'état d'insolvabilité de ladite société. (...) Une action fondée sur cette disposition, introduite dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, relève des actions dérivant directement d'une procédure d'insolvabilité et s'y insérant étroitement. (...) Il en résulte que cette dernière disposition doit être regardée comme rele-

vant de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets, au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000"⁽¹¹⁷⁾.

II.1.b. La justification des entraves

(i) Le régime général de la raison impérieuse d'intérêt général

Selon une jurisprudence constante, il est admis que les États membres sont autorisés à maintenir une mesure restrictive de l'accès ou de l'exercice du droit d'établissement en se prévalant d'une "raison impérieuse d'intérêt général"⁽¹¹⁸⁾. Au-delà des "raisons expresses d'intérêt général" textuellement prévues par le TFUE (art. 52, § 1)⁽¹¹⁹⁾, le juge européen reconnaît ainsi que d'autres objectifs de nature non exclusivement économique sont dignes de protection et susceptibles, à ce titre, de justifier le maintien d'une réglementation nationale *a priori* restrictive, lorsque celle-ci (i) s'applique de manière non discriminatoire, (ii) est apte à garantir l'objectif qu'elle poursuit et (iii) ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁽¹²⁰⁾.

Une fois la mesure nationale revêtue du caractère d'entrave au droit d'établissement, il convient donc d'opérer en deux temps pour justifier celle-ci : d'abord, démontrer que le motif de justification de l'entrave répond à un objectif d'intérêt général admissible par la Cour de justice; ensuite, démontrer que la mesure restrictive respecte le principe de proportionnalité⁽¹²¹⁾. À cet égard, l'on se bornera à préciser que la vérification de cette condition revient à connaître du contenu même de la mesure, en recourant à des tests "d'aptitude", "d'interchangeabilité" et "d'équivalence"⁽¹²²⁾.

113. Pour un examen de cette fonction exercée par les lois de police, voy. not. T. TILQUIN, "L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis*", *R.P.S.*, 1998, p. 25 et s.; J. BORG-BARTHET, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 135-141.

114. À titre d'exemple, sont sans doute visées les règles régissant la répartition des bénéfices, le régime de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, les normes de droit comptable, ou encore les règles régissant la représentation du personnel dans les organes sociaux.

115. Sur les difficultés que devrait poser l'application, à titre de loi de police, de la loi allemande sur la codétermination, voy. I. BARSAN, "Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt *Polbud*?", *Europe*, 2018-3, p. 10-11.

116. Voy. *supra*, note 99.

117. Arrêt *Kornbaas*, points 16 et 17. Sur cet arrêt, voy. not. M.-Ph. WELLER, *J.D.I. (Clunet)*, 2016, p. 1494.

118. Cette notion correspond à celle "d'exigences impérieuses", initialement développée en matière de libre circulation des marchandises (voy. l'arrêt séminal dit "*Cassis de Dijon*" du 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, C-120/78, EU:C:1979:42, point 8). Pour une illustration récente, voy. not. L. DEFALQUE, "Examen de jurisprudence (2006-2011) - Droit économique de l'Union européenne", *R.C.J.B.*, 2013, p. 349-355, n° 52.

119. Sont visées, les dispositions justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

120. Arrêt *Überseering*, points 83 et s.; arrêt *National Grid Indus*, point 42; arrêt *VALE*, point 39. Pour autant, "la charge de la preuve, qui incombe à l'État, ne saurait aller cependant jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions" (voy. le v° Établissement, *Rép. communautaire Dalloz*, juin 2011, n° 95, p. 20, et la jurisprudence citée).

121. En d'autres termes, la mesure doit être indispensable à la réalisation du but visé. Pour une illustration, voy. not. arrêt du 21 avril 2005, *Commission c. Grèce*, C-140/03, EU:C:2005:242, points 34 à 36; arrêt du 6 juin 1996, *Commission c. Italie*, C-101/94, EU:C:1996:221, point 26. Voy. déjà l'arrêt du 5 décembre 1989, *Commission c. Italie*, C-3/88, EU:C:1989:606, point 15.

122. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne* (2e éd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 527 (et p. 146-152); *idem*, "La proportionnalité des entraves aux libertés économiques sous le prisme de la Charte, valeur ajoutée ou décorative ?", J. WILDEMEERSCH et P. PASCHALIDIS (dir.), *L'Europe au présent !*, Bruxelles, Bruylant, 2018, à paraître.

(ii) Les raisons impérieuses d'intérêt général admissibles

En matière de droit des sociétés, les entraves potentielles au droit d'établissement peuvent théoriquement, et à titre exemplatif, être justifiées par la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, ou des salariés⁽¹²³⁾. Dans l'arrêt *Polbud*, l'affirmation de la légitimité de maintenir, en droit interne, des mesures protectrices des parties prenantes (*stakeholders*) est particulièrement nette⁽¹²⁴⁾, ce qui constitue une évolution remarquable par rapport à l'enseignement de la jurisprudence *Centros* et *Inspire Art*. Sans pour autant dénier le bien-fondé des raisons impérieuses précitées, la Cour avait essentiellement mis l'accent, dans ces arrêts, sur le degré d'harmonisation atteint par le droit des sociétés et sur la validité de principe des stratégies de "*law shopping*".

Il reste qu'à l'heure actuelle, dans la jurisprudence européenne consacrée à la mobilité des sociétés, aucune mesure nationale jugée restrictive du droit d'établissement par la Cour de justice, n'est parvenue à être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général⁽¹²⁵⁾. Nous verrons qu'à la faveur de l'arrêt *National Grid Indus*, il en a été différemment en matière fiscale.

Concrètement, la principale difficulté à l'admission d'une raison impérieuse d'intérêt général consiste dans le franchissement du test de proportionnalité, qui demeure d'application délicate. Celui-ci requiert une analyse au cas par cas, et la prise en compte de divers paramètres, parmi lesquels :

- la question de savoir si la mesure en cause porte, ou non, atteinte au "contenu inhérent" du droit d'établissement. Dans l'affirmative, lorsqu'est affecté le essentiel de la liberté de circulation, la gravité même de l'entrave suffit à rendre superflue toute recherche d'une restriction de moindre ampleur, puisque serait évidente l'existence de toute autre mesure par hypothèse moins restrictive substituable⁽¹²⁶⁾;
- la mesure restrictive est-elle justifiée par une raison impérieuse poursuivant un objectif de protection déjà couvert par une norme de droit dérivé applica-

ble au cas d'espèce (par exemple, les directives d'harmonisation du droit des sociétés; le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité; la directive concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures; etc.) ? Dans l'affirmative, ces instruments de droit dérivé pourraient être considérés comme instaurant un niveau de protection suffisant, rendant les législations des États membres essentiellement comparables sans avoir à maintenir encore des mesures nationales complémentaires. Celles-ci ne devraient en tout cas pas être fondées à imposer des modalités d'établissement plus onéreuses;

- la forme sociétaire que la société migrante entend adopter dans l'État membre d'accueil à l'issue de la procédure de transformation peut-elle être considérée comme présentant des caractéristiques similaires à la forme sociétaire d'origine ? Dans l'affirmative, l'on devrait observer une application plus stricte des conditions de justification de l'entrave. Il devrait en être ainsi, par exemple, lors de la transformation d'une société anonyme de droit luxembourgeois en société anonyme de droit belge. En l'espèce, la similarité historique entre le droit des sociétés de ces deux pays s'ajoute aux effets du processus d'harmonisation européenne affectant ces deux formes sociétaires.

(iii) Quelques réflexions sur la justification des entraves "à la sortie"

- Les conclusions de l'avocat général Kokott précédant l'arrêt *Polbud*

L'avocat général Kokott a d'abord rappelé que si les intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés constituent des raisons impérieuses d'intérêt général, l'obligation de diligenter une procédure de liquidation ne peut être considérée comme pertinente, dès lors que la transformation transfrontalière s'inscrit dans une perspective de continuité juridique et économique.

Madame Kokott a ensuite proposé d'intéressants développements consacrés aux modalités de protec-

123. Voy. déjà arrêt *Überseering*, point 92; arrêt *SEVIC Systems*, point 28; arrêt *VALE*, point 39; arrêt du 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, point 73, et la jurisprudence citée.

124. Arrêt *Polbud*, points 54 et 55.

125. Pour autant, les États membres restent libres de déterminer les conditions à observer par les sociétés pour être considérées comme constituées selon leur droit national et maintenir cette qualité ultérieurement (arrêt *National Grid Indus*, point 27; arrêt *Cartesio*, point 110). Vu la neutralité du droit de l'Union vis-à-vis des règles de rattachement des sociétés, les articles 49 et 54 TFUE "ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée" (arrêt *Cartesio*, point 124).

126. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de doctorat de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013 [manuscrit non publié], n° 579 et 587, p. 229-234. À titre d'exemples, l'auteur évoque les arrêts *Centros*, point 30, *Überseering*, point 93 et *Inspire Art*, point 138.

tion des parties prenantes, qui peuvent être synthétisés comme suit.

Les intérêts des *créanciers* existant au moment du transfert sont susceptibles d'être impactés négativement par cette opération⁽¹²⁷⁾. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que ces intérêts soient spécifiquement pris en compte par une mesure protectrice (telle que la possibilité d'exiger une garantie adéquate), s'il est démontré qu'il existe un risque réel de non-recouvrement de leur créance. *A contrario*, rien ne justifierait une protection spécifique des créanciers "futurs", établis dans l'État d'origine de la société. Si celle-ci demeure active dans cet État, les créanciers potentiels pourront constater sur les documents sociaux et via le registre des sociétés qu'ils traitent avec une société étrangère⁽¹²⁸⁾. Ils pourront alors en tenir compte en se prémunissant contractuellement, le cas échéant, du risque de non-recouvrement de leur créance.

Les intérêts des *actionnaires minoritaires* sont également susceptibles d'être impactés négativement par une transformation transfrontalière, notamment si l'application du droit des sociétés de l'État membre d'accueil emporte une modification significative des droits et obligations des actionnaires (pensons, par exemple, aux règles régissant les quorums de présence et de vote aux assemblées générales, les modalités de convocation des assemblées, l'abus de majorité, la responsabilité des dirigeants, la modification des droits attachés aux titres, les variations du capital, etc.). Par identité de motifs avec la solution qui prévaut en matière d'OPA⁽¹²⁹⁾, l'avocat général préconise l'organisation, au profit des actionnaires minoritaires, d'un "droit de sortie", qui permettrait aux actionnaires ayant voté contre la transformation d'obtenir le rachat forcé de leurs actions, à charge de la société⁽¹³⁰⁾.

Enfin, il apparaît que les intérêts des *travailleurs* pourraient être affectés par une transformation trans-

frontalière, notamment sous l'angle des modalités de codétermination exercée au niveau de l'entreprise et de la participation aux organes d'administration. Dans la mesure où l'impact de la transformation sur les droits des travailleurs est semblable à celui d'une fusion transfrontalière, rien ne s'oppose à ce que soient appliquées des solutions issues de la directive 2005/56, dont l'article 16 contient une disposition protectrice des intérêts des salariés⁽¹³¹⁾.

- La position de la Cour dans l'arrêt *Polbud*

Sans ambages, la Cour affirme que "les articles 49 et 54 TFUE ne s'opposent pas, en principe, à des mesures d'un État membre visant à ce que les intérêts des créanciers, des associés minoritaires ainsi que des travailleurs d'une société, qui a été constituée conformément à son droit et continue à exercer ses activités sur le territoire national, ne soient pas indûment affectés par le transfert du siège statutaire de cette société et sa transformation en une société relevant du droit d'un autre État membre" (point 55). Encore faut-il, bien évidemment, que la mesure en cause réussisse les tests de proportionnalité.

Après avoir confirmé, sans surprise, que l'obligation de liquidation imposée par la législation polonaise va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection des parties prenantes, la grande chambre fournit deux précisions qui devront guider les législateurs nationaux dans l'adoption d'une procédure d'émigration des sociétés (point 58).

D'une part, une mesure restreignant la liberté de transformation ne peut être justifiée que si elle s'appuie sur un "risque réel d'atteinte portée aux intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés, et sans qu'il soit possible d'opter pour des mesures moins restrictives susceptibles de sauvegarder ces intérêts".

127. Dans l'État d'immigration, la société pourrait en effet se trouver soumise à des règles moins strictes en matière de protection du capital et de responsabilité des dirigeants. En outre, si le siège réel est également transféré, un créancier désireux d'actionner la société en justice pourrait être contraint d'introduire son action devant une juridiction étrangère, quoique le système mis en place par le règlement Bruxelles Ibis (règl. n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, *J.O.*, 2012, L 351) tende à faciliter les procédures transfrontalières et en particulier, la reconnaissance d'un jugement obtenu dans un autre État membre.

128. En ce sens, voy. déjà arrêt *Centros*, point 36; arrêt *Inspire Art*, points 124 et 125.

129. Voy. l'art. 16, § 2 de la directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

130. Notons que le droit belge connaît déjà une forme d'action "en retrait forcé", au titre de mesure de résolution des conflits entre actionnaires. Ainsi, les art. 340 (SPRL) et 642 (SA) du Code des sociétés énoncent qu'un actionnaire est fondé, pour justes motifs, à demander en justice que les associés à l'origine de ces justes motifs reprennent ses actions.

131. Voy. également l'arrêt du 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, dans lequel la Cour précise les conditions permettant à une disposition de droit interne d'être compatible avec l'art. 49 TFUE et la directive 98/59/CE en matière de licenciements collectifs. Dans cette affaire, la Cour était aux prises avec une disposition grecque qui subordonnait la mise en œuvre d'un plan de licenciement collectif à une procédure de validation par une autorité publique ayant le pouvoir d'empêcher l'exécution dudit plan par une décision motivée, adoptée au terme d'un examen du dossier reposant sur la prise en compte de trois critères (à savoir les conditions du marché du travail, la situation de l'entreprise et l'intérêt de l'économie nationale). Si la situation de l'entreprise et les conditions du marché du travail sont des critères susceptibles, a priori, d'être rattachés aux objectifs légitimes d'intérêt général que sont la protection des travailleurs et de l'emploi (point 98), la Cour jugea qu'il s'agissait là de critères vagues et imprécis qui ne reposaient pas sur des conditions objectives et contrôlables. Ils vont donc au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les buts indiqués et ne sauraient dès lors satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité (points 99 à 103).

D'autre part, s'agissant des intérêts des créanciers, la Cour admet que la constitution de garanties bancaires ou d'autres garanties équivalentes pourrait offrir une protection adéquate. Dans un arrêt antérieur, rendu dans un contexte relatif au recouvrement de l'impôt frappant l'émigration des sociétés, la Cour a toutefois réduit la marge de manœuvre de l'État d'émigration en précisant que l'obligation de constituer une garantie bancaire ne peut être imposée au contribuable qu'au terme d'une évaluation établissant un risque réel de non-recouvrement de l'impôt⁽¹³²⁾.

Les États membres sont donc incités à laisser de côté les dispositions générales anti-abus, au profit de mesures visant à répondre aux risques d'atteintes effectives aux intérêts des parties prenantes, à tout le moins lorsque ceux-ci ne sont pas couverts par les instruments de droit dérivé existants.

(iv) Quelques réflexions sur la justification des entraves "à l'entrée"

Comme l'a justement rappelé K. Maresceau, la Cour de justice semble faire une distinction, parmi les interférences étatiques, entre les dispositions relatives à la constitution et au fonctionnement des sociétés, d'une part, et les règles qui ont trait à l'exercice de certaines activités professionnelles, d'autre part⁽¹³³⁾. À l'égard des premières, qui couvrent notamment tout le domaine de la *lex societatis*, la marge de manœuvre semble particulièrement ténue pour l'État d'accueil désireux d'imposer des mesures de protection à l'encontre des sociétés "boîte aux lettres" qui déploient l'ensemble de leurs activités sur leur territoire.

Ce constat fut initialement mis en lumière dans l'affaire *Centros*, où le gouvernement danois indiquait que les règles relatives à la constitution des sociétés, singulièrement celles imposant la libération d'un capital social minimal, poursuivent un objectif de protection des créanciers (point 32)⁽¹³⁴⁾. En l'espèce,

la Cour repoussa cet argument en dénonçant le manque d'efficacité de la mesure nationale contestée (échec du "test d'aptitude") et son caractère non nécessaire (échec du "test d'interchangeabilité"). D'une part, en effet, "la pratique en cause n'est pas à même d'atteindre l'objectif de protection des créanciers qu'elle est censée poursuivre puisque, si la société concernée avait exercé une activité au Royaume-Uni, sa succursale aurait été immatriculée au Danemark, alors même que les créanciers danois auraient pu être tout autant fragilisés" (point 35). D'autre part, "des mesures moins contraignantes ou moins attentatoires pour les libertés fondamentales, donnant par exemple la possibilité légale aux créanciers publics de prendre les garanties nécessaires, pourraient être prises" (point 37).

Sous l'angle de l'examen de proportionnalité, il est encore intéressant d'observer que la Cour de justice considère que les créanciers locaux sont suffisamment en mesure d'être informés sur la nature de la société étrangère avec laquelle ils traitent en se référant à la réglementation européenne en vigueur - en particulier par les quatrième (78/660/CEE) et onzième (89/666/CEE) directives -, sans qu'il soit nécessaire d'imposer à cette société des obligations supplémentaires découlant de la législation de l'État d'accueil⁽¹³⁵⁾. Dans l'arrêt *Inspire Art*, le même raisonnement fut suivi par la Cour (point 135). On peut y voir une illustration du test d'équivalence, tant qu'une directive de "rapprochement" vise par nature à établir une "harmonisation essentielle" nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle⁽¹³⁶⁾.

À la lumière de cette jurisprudence, il apparaît plus clairement que les exigences de proportionnalité et d'efficacité réduisent presque totalement la possibilité, pour un État membre, d'imposer à une société formellement étrangère (*pseudo-foreign company*) d'un État membre une règle relative à la constitution ou au fonctionnement des sociétés locales⁽¹³⁷⁾. Plus

132. Arrêt du 23 janvier 2014, *DMC*, C-164/12, EU:C:2014:20, points 65 à 69. Voy. à cet égard, en droit belge, l'art. 413/1, § 5 CIR, qui prévoit que le conseiller général de l'Administration en charge du recouvrement de l'impôt peut, à tout moment, subordonner l'échelonnement du recouvrement à la constitution d'une garantie réelle ou d'une caution personnelle, lorsqu'il existe un risque réel de non-recouvrement. Cette décision est susceptible de recours devant le juge des saisies, dans les formes du référé.

133. K. MARESCAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van vennootschapsrecht*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 183. Voy. aussi l'arrêt *Centros*, point 26.

134. Arrêt *Centros*, point 32.

135. *Ibidem*, point 36.

136. Arrêt du 21 novembre 2002, *Testa*, C-356/00, EU:C:2002:703; arrêt du 12 octobre 2004, *Peter Paul*, C-222/02, EU:C:2004:606.

137. L'application, à titre de lois de police, des règles impératives de l'État d'accueil, crée une entrave qui ne peut être justifiée que par une raison impérieuse d'intérêt général et dans le respect du principe de proportionnalité. En ce qui concerne, par exemple, la protection des créanciers, le degré d'aptitude et de nécessité de la mesure peut être difficile à établir. En effet, "il convient de prouver que la protection offerte par la loi de l'État d'accueil est effectivement assurée, qu'elle ne pourrait l'être par une mesure moins restrictive, et qu'elle s'impose au regard d'une comparaison avec le degré de protection atteint par le pays d'enregistrement. À cet égard, la Cour de justice a estimé que les diverses directives adoptées à ce jour aux fins de rapprocher les droits des États membres en matière de sociétés, ont porté ces droits à un niveau d'équivalence suffisant à assurer cette protection minimale, notamment par l'imposition de normes de publicité destinées aux tiers" (F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 16.18).

généralement, L. Bernardeau a, pour sa part, indiqué que “la possibilité de justifications d’une restriction ‘à l’entrée’ nous semble fondamentalement rhétorique”⁽¹³⁸⁾.

En définitive, l’on peine à imaginer qu’une mesure relative à la constitution ou au fonctionnement des sociétés adoptée par l’État membre A puisse encore être valablement appliquée à une société régie par le droit de l’État membre B, mais établie à titre secondaire sur le territoire de l’État A. D’une part, dans le contexte qui nous occupe, l’exigence d’adéquation de la mesure en cause avec l’objectif légitime de protection des tiers semble impliquer que celle-ci devrait s’appliquer à toutes les sociétés économiquement actives sur le territoire national, sans avoir égard ni à la circonstance que elles sont, ou non, qualifiées de sociétés étrangères de pure forme, ni au fait qu’elles ont ou non effectivement localisé leur siège réel sur le territoire national⁽¹³⁹⁾. D’autre part, en ce qui concerne plus spécifiquement les mesures d’information ou de publicité, le raisonnement suivi par la Cour s’appuie sur l’équivalence entre les législations étatiques harmonisées par voie de directive afin de déclarer superflue - et donc, injustifiée - l’application de dispositions nationales sortant du cadre tracé par le droit dérivé⁽¹⁴⁰⁾.

À la suite d’autres auteurs, nous pensons qu’il convient toutefois de réserver un sort distinct aux normes qui régissent l’exercice d’une activité professionnelle localisée sur le territoire de l’État d’accueil⁽¹⁴¹⁾, aussi bien que sur celui de l’État d’origine. De manière générale, l’arrêt *Polbud* a, en effet, rappelé que l’État membre sur le territoire duquel s’exerce l’activité de la société devrait pouvoir imposer le respect de ses lois de police (points 55 et 56). Encore faudra-t-il que (i) l’objectif d’intérêt général poursuivi par la mesure ne soit pas déjà garanti de façon équivalente par une disposition relevant de la *lex societatis* et (ii) que la mesure en cause n’aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif visé.

De même, selon l’arrêt *Kornbaas*, l’application de la législation de l’État membre d’incorporation, au titre de la *lex societatis*, ne fait en principe pas obstacle à l’application de mesures issues de l’État où sont développées les activités de la société⁽¹⁴²⁾, lorsque ces dispositions - sans méconnaître la personnalité/capacité juridique de la société acquise dans l’État d’incorporation - établissent une protection particulière relevant d’une autre catégorie de rattachement (par exemple, la *lex fori concursus*, la *lex loci delicti*, la *lex contractus*, etc.).

(v) La lutte contre les pratiques abusives

Sous l’angle de la lutte contre les pratiques abusives, l’arrêt *Polbud* confirme la solution développée dans l’arrêt *Centros*. Tout en reconnaissant aux États membres la faculté de prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, il est constant que le déplacement du siège - statutaire ou réel - motivé par l’ambition de bénéficier d’une *lex societatis* plus avantageuse ne constitue pas en soi un usage abusif du droit d’établissement (points 61 à 64). La conformité à la liberté d’établissement du phénomène de “*law shopping*”, dans le domaine du droit des sociétés, se trouve ici confirmée. Pour autant, l’État n’est pas dépourvu de toute possibilité de contrôle d’un abus, mais ce contrôle doit être effectué au cas par cas plutôt que de fonder une règle générale d’interdiction⁽¹⁴³⁾.

En pratique, les États membres désireux de lutter contre les pratiques de contournement des règles relatives à la constitution des sociétés sont très démunis, lorsque les fondateurs constituent valablement une société dans un État membre en vue d’exercer l’intégralité de l’activité sociale dans un autre État membre (pratique baptisée “*U-turn construction*”). En matière de droit des sociétés, une difficulté tient au fait que les dispositions nationales limitant le libre choix de la *lex societatis* sont considérées comme portant atteinte au contenu essentiel du droit d’établissement, en manière telle qu’il est sans doute

138. L. BERNARDEAU, “Libre circulation des sociétés et concurrence normative dans l’Union européenne”, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 110.

139. K. MARESCEAU, *op. cit.*, p. 184. Pour autant que de besoin, l’on rappellera que dans l’arrêt *Centros*, la Cour a conféré une portée particulière à ce “test d’aptitude”, en relevant l’incohérence d’une mesure nationale qui, aux fins d’assurer la protection des créanciers locaux, imposait des obligations contraignantes aux seules sociétés n’exerçant pas d’activité dans leur État d’incorporation, alors même que cette circonstance n’a aucun impact direct sur le degré de risques couru par les créanciers localisés dans l’État d’accueil. En effet, ces derniers seraient tout autant soumis aux risques évoqués si la société avec laquelle ils traitent avait maintenu son siège réel ou déployé une activité quelconque dans son État d’origine. Le même argument fut soulevé dans l’arrêt *Inspire Art* (point 126), où la Commission rappela que “la loi néerlandaise (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*) n’aurait pas été applicable si *Inspire Art* avait exercé une activité, même mineure, dans un autre État membre. Pourtant, dans ce cas, le risque que courent les créanciers serait tout aussi important, voire plus, que si les activités étaient exclusivement exercées aux Pays-Bas”.

140. T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l’espace régional européen*, *op. cit.*, p. 234.

141. A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés - Compétition entre les systèmes juridiques dans l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 532, p. 365.

142. Arrêt *Kornbaas* du 10 décembre 2015, C-594/14, EU:C:2015:806.

143. Voy. *supra*, point I.3.b.

impossible de justifier celles-ci par un objectif de lutte contre l'abus de droit⁽¹⁴⁴⁾⁽¹⁴⁵⁾.

Relevons enfin que si le libre choix d'une forme sociétaire ne peut plus être contrecarré par l'application de dispositions de l'État d'accueil relevant de la constitution des sociétés, l'arrêt *Kornbaas* a toutefois montré qu'il est envisageable d'appliquer, dans l'État d'accueil, certaines mesures protectrices relevant de la *lex concursus*. Stratégiquement, il pourrait donc être pertinent, pour les législateurs nationaux, d'organiser un "transfert" des règles protectrices des parties prenantes, afin de les intégrer dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité et de ne plus les faire dépendre du droit des sociétés⁽¹⁴⁶⁾.

II.2. La législation belge en matière de transformation transfrontalière est-elle conforme au droit d'établissement ?

II.2.a. Le rattachement cumulatif de l'article 112 Codip

En droit belge, le rattachement des sociétés à la loi qui les gouverne repose sur la localisation de l'établissement principal (art. 110 Codip). Une transformation transfrontalière nécessite donc un déplacement de l'établissement principal d'un pays à un autre. Il n'en reste pas moins que la coïncidence entre la localisation du siège réel et celle du siège statutaire est exigée à titre de condition de validité de la constitution des sociétés⁽¹⁴⁷⁾.

Le transfert transfrontalier de l'établissement principal d'une société est actuellement consacré par l'article 112 du Code de droit international privé. Formalisant la jurisprudence antérieure, cette disposition organise la continuité de la personnalité juridique dans le respect des lois des États en présence.

En prévoyant que "*le transfert de l'établissement principal d'une personne morale d'un État à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces États*", l'article 112, alinéa 1, du Code de droit international privé codifie, en effet, l'enseignement dégagé par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Lamot*. Il consacre un rattachement de type cumulatif en posant qu'une société ne conserve le bénéfice de sa personnalité juridique, en cas de transfert de son établissement principal, que si celui-ci est admis sans dissolution par le droit des deux États en présence. L'alinéa 2 de l'article 112 du Code de droit international privé confirme, quant à lui, le principe de l'application successive dans le temps de la *lex societatis* de l'État d'origine et de l'État d'accueil suite au conflit mobile suscité par le changement de localisation du facteur de rattachement.

Sous cet angle, le rattachement organisé par l'article 112 Codip semble compatible avec la méthode de coordination suggérée par la Cour dans l'arrêt *VALE*⁽¹⁴⁸⁾. Posant la première pierre d'une future réglementation européenne de la transformation transfrontalière, cet arrêt préfigure en effet une solution qui, à la faveur de rattachements successifs au droit des États d'origine et d'accueil, devrait permettre de résoudre le conflit mobile surgissant lors de la modification du facteur de rattachement de la société à la loi appelée à la régir⁽¹⁴⁹⁾.

(i) Le droit d'immigration

Schématiquement, il apparaît qu'en vertu du droit belge, une société étrangère est autorisée à déplacer son siège social vers la Belgique en conservant le bénéfice de sa personnalité morale si (i) la législation de l'État où celle-ci est établie (l'État d'origine) autorise un tel déplacement sans dissolution et si (ii) ladite société se conforme aux exigences impérative-

144. En ce sens, voy. A. DEFOSSEZ, *Le dumping social dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 468, qui indique, par contraste, que l'invocation de la lutte contre l'abus de droit a davantage de chances de succès lorsque la mesure contournée relève du droit fiscal par exemple, car, contrairement au choix du régime sociétaire, l'optimisation fiscale ne constituerait pas un objectif inhérent à l'usage du droit d'établissement (p. 471). Voy. également I. BARSAN, "Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt *Polbud*?", *Europe*, 2018-3, p. 10-12, selon qui l'argument de l'usage frauduleux du droit d'établissement a davantage de chances de prospérer lorsqu'il est justifié par un objectif de protection des droits de participation des salariés aux organes de direction ou de surveillance de la société.

145. En pratique, la majorité des mesures anti-abus contenues dans le Code belge des sociétés ne visent pas à lutter contre le phénomène de "*law shopping*" (ce qui est cohérent, vu que la théorie du siège réel exerce déjà, en quelque sorte, ce rôle), mais poursuivent l'ambition de protéger les tiers ou les associés minoritaires. Il en est notamment ainsi dans le cadre des opérations entraînant une variation du capital social (contrôle des apports en nature, réglementation des quasi-apports, des réductions de capital, etc.), à l'occasion des distributions de bénéfices ou de la mise en cause de la responsabilité des fondateurs ou des dirigeants sociaux. Ces dispositions relèvent du domaine de la *lex societatis* et ne sont donc, en principe, pas applicables aux sociétés régies par le droit d'un autre État membre, sauf, dans un cas analogue à l'affaire *Polbud*, à titre de lois de police de l'État d'exercice des activités.

146. A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés : Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 379.

147. Voy. not. Bruxelles, 30 juin 2009, réf. 466/BC/2007, inédit; Corr. Audenarde (9e ch.), 7 février 2002, *R.P.S.*, 2004, p. 284. Voy. aussi J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, n° 1126.

148. Arrêt *VALE*, point 44. Voy. aussi A. AUTENNE, "Droit européen et mobilité des sociétés : pour qui sonne le glas ?", *J.T.*, 2011, p. 194.

149. Voy., à cet égard, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés* (3e éd.), Paris, Montchrestien, n° 435, p. 438.

ment imposées par le droit belge (l'État d'accueil) aux sociétés constituées sur son territoire, à savoir, essentiellement, l'adaptation de ses statuts au Code des sociétés et leur dépôt de ceux-ci au greffe du tribunal de commerce⁽¹⁵⁰⁾.

En pratique cependant, la portée de la règle de rattachement prévue à l'article 110 Codip est altérée par les enseignements de la jurisprudence européenne, du moins à propos de transformations intra-européennes.

Certes, même après l'arrêt *Polbud*, le droit belge est toujours fondé à exiger la coïncidence du siège statutaire et du siège réel sur son territoire, lorsqu'une société immigrante entend adopter une forme sociétaire belge.

Certains auteurs ont pourtant relevé que le droit d'établissement s'oppose à ce que le droit belge tire argument de la présence, en Belgique, du siège de direction effectif d'une société constituée dans un autre État membre pour imposer à celle-ci certaines exigences déduites de son droit des sociétés, alors même que le siège statutaire de la société est situé dans un autre État membre⁽¹⁵¹⁾. Une telle société n'aurait donc "pas à subir dans l'État d'accueil d'exigence supplémentaire relative à son aptitude même à y exercer des activités commerciales", car la liberté d'établissement suppose qu'une société accède sans entrave "au statut d'opérateur dans le marché des autres États membres en conservant son avantage comparatif"⁽¹⁵²⁾. Dans ce contexte, les lois de police qui encadrent l'activité des sociétés dans l'État d'accueil du siège réel ne pourront s'appliquer que si elles résistent au test de proportionnalité et de non-duplication, au même titre que toute autre mesure nationale potentiellement "entravante"⁽¹⁵³⁾.

Cependant, tant l'arrêt *VALE*, en affirmant le principe d'un rattachement successif soumettant la société au droit de l'État d'accueil après transformation, que l'arrêt *Polbud* qui conditionne plus précisément la validité de l'opération de transformation en fonction des exigences de la loi de l'État d'accueil, semblent induire l'applicabilité de principe du droit belge des

sociétés après que la société est établie en Belgique au sens de l'article 110 Codip, sans pouvoir en déduire pour autant une immunité radicale de la loi d'accueil - pas plus que l'arrêt *Cartesio* n'a admis une immunité de l'État de sortie.

(ii) Le droit d'émigration

Selon la doctrine majoritaire, une société belge est autorisée à déplacer son siège réel vers l'étranger sans que l'opération n'entraîne la déchéance de sa personnalité morale si (i) la décision de transfert est régulièrement prise par les organes compétents et que (ii) la législation de l'État d'établissement (l'État d'accueil) accepte également la possibilité d'un tel transfert sans discontinuité de la personnalité juridique⁽¹⁵⁴⁾.

Conformément à l'enseignement qui semble se dégager de l'arrêt *VALE*, les conditions et modalités du volet "émigration" d'une transformation transfrontalière sont régies par le droit belge. Il en découle que les règles matérielles belges trouveront à s'appliquer, dans le respect des exigences du droit d'établissement.

Une double nouveauté découle cependant de l'arrêt *Polbud*. D'abord, la Cour y confère une portée inédite à la notion d'établissement. À suivre cet enseignement, une société de droit belge pourrait décider de se soumettre à la loi d'un autre État membre en déplaçant son seul siège statutaire vers un État retenant le critère de l'incorporation⁽¹⁵⁵⁾. À l'issue de l'opération, cette société étant considérée comme valablement constituée suivant le droit de l'État d'accueil du siège statutaire, la Belgique ne pourrait ni sanctionner l'opération en imposant une procédure de liquidation, ni tirer argument de la localisation du siège réel de la société sur son territoire pour refuser de la reconnaître. Ensuite cependant, comme un corollaire de la première innovation, l'arrêt induit que certaines règles impératives du droit belge visant à assurer la protection des parties prenantes auraient un titre à s'appliquer, dès lors que la société continuerait d'exercer ses activités sur le territoire belge après l'opération d'incorporation à l'étranger⁽¹⁵⁶⁾.

150. En ce sens, D. PASTEGGER, "Droit international privé", *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 58, p. 45.

151. P. WAUTELET, "Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé", *R.P.S.*, 2006, p. 22. Ainsi conçue, la liberté d'établissement suppose la reconnaissance mutuelle de l'équivalence des exigences des droits nationaux en matière de droit des sociétés.

152. H. MUIR WATT, "La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire", *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2004, p. 175.

153. *Ibidem*, p. 183.

154. En ce sens, D. PASTEGGER, *op. cit.*, n° 64, p. 50. Comp. Comm. Hasselt, 10 novembre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 172.

155. Ce n'est pas le cas du Luxembourg (voy. *supra*, I.3.b.). Ainsi, une société suivant le modèle de transformation visé par la société *Polbud* se verrait appliquer, dans le droit luxembourgeois, une règle de rattachement désignant le droit de l'administration centrale, par hypothèse le droit belge.

156. Voy. *supra*, I.3.b.

II.2.b. L'absence d'une procédure spécifique dans le Code des sociétés

Si l'on s'interroge sur la question de savoir quelles règles matérielles doivent être appliquées au transfert transfrontalier du siège social d'une société, il apparaît d'emblée que l'opération ne bénéficie pas d'un régime juridique spécifique en droit belge des sociétés. Il en découle une insécurité juridique importante, que les praticiens doivent s'efforcer de limiter en s'inspirant, bon gré, mal gré, de règles matérielles prévues en droit interne pour d'autres opérations⁽¹⁵⁷⁾. En outre, aucune procédure spécifique de transformation transfrontalière n'étant organisée dans le Code des sociétés, il est difficile d'apprécier la conformité du droit belge aux impératifs du droit d'établissement.

(i) Une répartition délicate des compétences entre les États d'émigration et d'immigration

Conformément aux enseignements de l'arrêt *VALE*, le déplacement transfrontalier du siège social d'une société de droit interne doit, en principe, être soumis à la procédure prévue aux articles 774 et suivants du Code des sociétés, dès lors qu'il implique nécessairement sa transformation en une forme juridique de l'État d'accueil⁽¹⁵⁸⁾. À cet égard, "il est constant qu'une transformation transfrontalière aboutit, dans l'État membre d'accueil, à la constitution d'une société selon le droit de cet État membre. Or, une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement" (point 51). Moyennant le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, l'État membre d'accueil est notamment autorisé à appliquer les "dispositions de son droit national relatives à des transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société, telles que les exigences relatives à la préparation d'un bilan et d'un inventaire d'actifs" (point 52).

En pratique, ces enseignements sont d'un maniement délicat, dans la mesure où le droit belge organise uniquement la procédure de transformation interne des sociétés commerciales et ne connaît pas de régime

spécifique à la transformation transfrontalière. En outre, il reste extrêmement délicat en pratique de déterminer le champ d'application de chacune des législations en présence et les formalités dont le respect peut être imposé.

Fondamentalement, l'enjeu majeur de la réalisation d'un transfert transfrontalier du siège social est d'assurer la continuité de la personnalité morale de la société tout au long de l'opération. Il convient donc d'examiner les législations des deux États concernés afin de déterminer si elles acceptent l'idée d'un tel transfert, et les conditions posées au maintien de l'existence juridique. Pour cette raison, C. Kleiner a préconisé que la radiation du registre des sociétés dans l'État d'origine n'intervienne qu'une fois obtenue la preuve que la personne morale continuera d'exister dans un autre État⁽¹⁵⁹⁾. De fait, c'est suite à une erreur stratégique de radiation prématurée du registre italien avant transfert vers la Hongrie que l'affaire *VALE* a vu le jour...

Afin de rendre plus aisée l'application de ce critère, De Bie et Jenné ont suggéré d'en adjoindre un second, consistant à tenir compte de la nature des intérêts protégés par les règles en présence⁽¹⁶⁰⁾. En appliquant ce second critère à l'hypothèse de l'immigration en Belgique d'une société de droit étranger, l'obligation d'établir un état comptable résumant la situation active et passive de la société (art. 776 C.soc.) et celle d'obtenir le rapport d'un expert-comptable sur cet état (art. 777 C.soc.) seraient rendues obligatoires, dès lors que ces règles poursuivent l'objectif d'assurer la protection des créanciers sociaux postérieurement à la transformation⁽¹⁶¹⁾. Par contraste, la question de la protection des associés antérieurement à la décision de transformation relève exclusivement de la loi de l'État d'émigration. À ce titre, l'obligation de justifier la proposition de transformation dans un rapport établi par l'organe de gestion (art. 778 C.soc.) - qui a pour finalité d'informer les associés - ne serait pas applicable en l'espèce⁽¹⁶²⁾. Tel que présenté par ses partisans, ce critère "téléologique" - fondé sur la recherche du but poursuivi par la mesure protectrice - nous semble finalement laisser

157. Pour une présentation de la procédure qui est généralement suivie dans la pratique, voy. S. MAQUET et E.-J. NAVEZ, "Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale", *Droit des affaires et sociétés - Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 165 et s.

158. Arrêt *VALE*, point 52.

159. C. KLEINER, "Le transfert de siège social en droit international privé", *J.D.I. (Chunet)*, 2010, p. 326, n° 21.

160. E. DE BIE et F. JENNÉ, "Grensoverschrijdende zetelverplaatsing in het Belgische recht : waar vertrekken en waar landen ?", L. DE BROE et M. WYCKAERT (éds), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, n° 52, p. 72.

161. *Ibidem*, p. 82-83. Dans l'hypothèse inverse, où une société de droit belge entend se transformer en une société relevant du droit d'un État étranger, ces auteurs considèrent alors que l'obligation d'établir un état comptable et celle d'obtenir le rapport d'un expert-comptable sur cet état ne sont pas applicables, puisque l'objectif de protection des créanciers (futurs) poursuivi par ces règles relèverait de la compétence de l'État d'immigration. Comme indiqué ci-après, cette conclusion est aujourd'hui remise en cause par l'arrêt *Polbud*.

162. *Ibidem*. Comp. K. MARESCAU, "De Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale", Financial Law Institute, Working Paper n° 2012-6, octobre 2012, n° 56, p. 44 (également publié dans *R.D.C.-T.B.H.*, 2013/4, p. 229 et s.).

la porte ouverte à des conflits potentiels avec celui de l'application distributive dans le temps des lois en présence⁽¹⁶³⁾. En outre, il est probable qu'il aboutisse à des résultats incompatibles avec la liberté d'établissement garantie par le TFUE.

Il y a plutôt lieu de penser, comme le confirme l'arrêt *Polbud*, que le respect des formalités prévues aux articles 776 à 778 C.soc. pourra être imposé, en cas d'émigration d'une société de droit belge, sur pied de l'article 780 C.soc., qui frappe de nullité la décision de transformation prise en l'absence des rapports prévus par les dispositions précitées. En effet, cet arrêt admet que l'État de sortie puisse opposer une règle impérative de protection d'une partie prenante, tel un créancier, pourvu que la mesure ne soit pas excessive (test d'interchangeabilité). Sans doute faudrait-il aussi pratiquer un test d'équivalence à une telle hypothèse d'entrave à la sortie, dans le cas où les règles impératives de l'État d'accueil assureraient un niveau de protection équivalent à celui du droit belge.

Dans l'hypothèse inverse d'une immigration, le respect des articles 776 et 777 ne semble, par contre, pas pouvoir être exigé si des formalités similaires sont prévues par le droit de l'État d'émigration. Si ce n'est pas le cas, l'établissement des rapports pourrait se justifier, à titre de loi de police, puisque ceux-ci visent principalement à assurer la protection des intérêts des tiers (travailleurs, créanciers, autorités nationales concernées, etc.).

(ii) Modalités procédurales d'une transformation conforme au droit d'établissement selon le droit belge actuel

Il reste utile de préciser certains éléments procéduraux du droit belge actuel des sociétés qui, sur pied de la procédure de transformation interne et d'une interprétation conforme du droit d'établissement, devraient pouvoir être mobilisés dans le cadre de la réalisation d'une transformation transfrontalière.

(a) L'émigration d'une société de droit belge avec changement de *lex societatis*

Les hypothèses d'émigration avec changement de loi applicable peuvent couvrir divers cas de figure, à savoir un transfert de siège réel vers un État de siège réel ou vers un État d'incorporation⁽¹⁶⁴⁾, voire une délocalisation (par exemple, du siège statutaire) sans transfert de siège réel vers un État membre⁽¹⁶⁵⁾ d'incorporation.

Aussi longtemps que la société émigrante n'a pas valablement accompli les actes juridiques et formalités administratives requis pour revêtir une forme juridique du pays d'immigration, elle demeure entièrement soumise au droit belge, en manière telle que l'assemblée générale actant la décision d'émigrer est soumise au droit belge. Il en découle que les convocations et les quorums de présence et de majorité devront être régis par les dispositions du Code belge des sociétés.

Conformément aux règles prévues par le Code des sociétés, seule l'assemblée générale est compétente pour décider du transfert transfrontalier du siège social d'une société à responsabilité limitée. Cette prérogative lui appartient, en effet, au même titre que toute autre modification statutaire⁽¹⁶⁶⁾.

Néanmoins, dans la mesure où la Cour de justice a invité les États membres à appréhender ce transfert comme une transformation transfrontalière, il semble plus cohérent de lui appliquer les quorums de présence et de majorité prévus à l'article 781, § 1, 1° et 2° C.soc. Ainsi, sous réserve de dispositions statutaires plus rigoureuses, l'assemblée ne peut décider du transfert transfrontalier du siège social d'une société à responsabilité limitée que si *(i)* ceux qui assistent à la réunion représentent, d'une part, la moitié du capital social et, d'autre part, s'il en existe, la moitié du nombre total de parts bénéficiaires, et si *(ii)* la proposition de transfert réunit les quatre cinquièmes au moins des voix⁽¹⁶⁷⁾.

163. Pour une illustration de la complexité de cette approche, voy. not. les considérations développées par l'avocat général JÄÄSKINEN dans ses conclusions précédant l'arrêt *VALE*, points 73 à 79. À cet égard, on a déjà relevé (note 53) que la proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive 2017/1132 retient également un critère de rattachement distributif dans le temps des lois en présence, en prévoyant que le droit de l'État membre de départ régit la partie des procédures et les formalités antérieures à l'obtention du certificat préalable à la transformation, tandis que le droit de l'État membre de destination régit la partie de la procédure et les formalités à remplir après la réception dudit certificat.

164. Si l'incorporation a lieu dans un État membre, le changement de loi peut résulter de l'arrêt *Polbud*. Si cet État est un pays tiers, le changement découle de la règle de renvoi établie par l'article 110.2 Codip.

165. Si l'État d'incorporation est un pays tiers, l'article 110 Codip continue de désigner la loi belge comme loi de l'établissement principal, sans possibilité de renvoi, puisque cette technique ne joue que si la règle de rattachement de départ désigne un droit étranger.

166. À l'égard des SPRL, l'article 286, al. 1 C.soc. dispose ainsi que "l'assemblée générale a, sauf disposition contraire, le droit d'apporter des modifications aux statuts". À l'égard des SA, l'article 558, al. 1 C.soc. est rédigé d'une manière identique. Par contraste, l'on admet généralement que l'organe de gestion peut, quant à lui, décider seul d'un transfert interne du siège social, pourvu que les statuts lui en aient donné le pouvoir et que le déplacement s'effectue au sein d'une même région linguistique (en ce sens, M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. not.*, t. XII, liv. IV, 2008, p. 296, n° 140, et les références citées).

167. L'on pourrait s'étonner du fait que le quorum de majorité soit plus strict vis-à-vis d'un transfert transfrontalier du siège social qu'à l'égard d'une fusion transfrontalière (comp. l'art. 772/11 C.soc.). De manière générale, rien ne justifie, en effet, de retenir des quorums différents pour ces opérations qui présentent, juridiquement, de larges similitudes.

Schématiquement, le notaire chargé de dresser le procès-verbal de l'assemblée générale décidant du transfert du siège social d'une société belge à l'étranger doit acter (i) le transfert éventuel de son établissement principal - siège réel - et sa localisation à l'étranger⁽¹⁶⁸⁾, (ii) la constatation de la continuité de sa personnalité morale, (iii) sa soumission à la loi de l'État d'accueil et (iv) l'adaptation de ses statuts à la législation du pays d'accueil⁽¹⁶⁹⁾.

D'un point de vue critique, l'on peut cependant penser que la protection des actionnaires minoritaires et des tiers n'est pas assurée d'une manière satisfaisante en application de la procédure de transformation interne prévue par le Code belge des sociétés. Celle-ci n'impose, en effet, aucune mesure conservatoire ou publicitaire spécifique, ni préalablement, ni postérieurement à l'opération, et n'offre pas la possibilité aux tiers d'exiger une quelconque garantie avant l'émigration de la société concernée.

Il suffit, pour s'en convaincre, de procéder à la comparaison entre ce régime et celui prévu par les articles 931 et suivants du Code des sociétés pour le transfert du siège statutaire de la société européenne⁽¹⁷⁰⁾. Le législateur belge pourrait certainement trouver là une source d'inspiration utile dans le cadre de l'élaboration d'une réglementation spécifique à l'opération de transformation transfrontalière⁽¹⁷¹⁾. De même, il conviendrait d'apprécier si les dispositions protectrices des créanciers qui s'appliquent lors d'une fusion transfrontalière doivent être reprises et modalisées dans le cadre de la procédure de transfert transfrontalier du siège social. Il conviendra, dans ce contexte, de justifier soigneusement les éventuelles différences de traitement qui seront établies entre les hypothèses de transformation interne et intra-européenne, afin de ne pas heurter les principes d'équivalence et d'effectivité auxquels la Cour de justice a rappelé son attachement.

(b) L'immigration en Belgique d'une société étrangère avec changement de *lex societatis*

L'hypothèse est celle du transfert de siège réel vers la Belgique depuis un État de siège réel ou d'incorporation.

Nous avons déjà relevé que le principe d'équivalence autorise un État membre à imposer à une société candidate à la transformation transfrontalière les mêmes exigences que celles qui sont prévues pour les transformations internes, notamment en matière de continuité juridique et économique.

En vertu du principe d'effectivité, la législation belge ne pourra aboutir à rendre excessivement difficile le droit à la transformation transfrontalière. Il résulte notamment de ce principe que, dans le cadre de la procédure d'enregistrement au registre des sociétés, les autorités belges (notaire, greffe des tribunaux de commerce, etc.) seront contraintes de tenir compte des documents sociaux émanant des autorités de l'État membre d'origine⁽¹⁷²⁾. Ceux-ci sont, en effet, les seuls à même de permettre à la société concernée de démontrer que les conditions auxquelles l'émigration est soumise dans l'État d'origine ont été respectées, et que sa personnalité juridique se trouve maintenue⁽¹⁷³⁾. De fait, "l'effectivité impose, par conséquent, de mettre à la charge des autorités de l'État d'accueil une obligation de "reconnaissance mutuelle" des documents établis par les autorités de l'État d'origine" afin de "permettre à la société de faire la preuve de son identité juridique d'origine et, en particulier, de sa personnalité juridique"⁽¹⁷⁴⁾.

Dans la pratique, une transformation transfrontalière réalisée par le biais d'un transfert intra-européen du siège réel donnera lieu à une (espèce de) constitution de société, conformément au droit de l'État membre d'accueil⁽¹⁷⁵⁾. Pour autant, dans l'arrêt *VALE*, nous avons vu que la Cour de justice s'est prononcée en faveur de l'application des dispositions relatives à la transformation interne⁽¹⁷⁶⁾. À cet égard, l'avocat géné-

168. Rappelons cependant que depuis l'arrêt *Polbud*, une société belge devrait également pouvoir se transformer en déplaçant dans un autre État membre uniquement son siège statutaire.

169. Dans la pratique, les nouveaux statuts auront été préalablement communiqués au notaire belge par son homologue établi dans l'État d'immigration.

170. Voy. aussi l'art. 8 du règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001.

171. Par contraste, lors du transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société européenne, l'article 933, al. 1 C.soc. prévoit que "au plus tard dans les deux mois de la publication du projet de transfert aux *Annexes du Moniteur belge*, les créanciers et titulaires d'autres droits envers la société dont la créance est antérieure à cette publication et n'est pas encore échue, peuvent exiger une sûreté ou toute autre garantie, nonobstant toute convention contraire".

172. Arrêt *VALE*, point 61.

173. *Ibidem*, points 58 à 61.

174. M. HO-DAC, "Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés : le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable", *R.A.E.-L.E.A.*, 2012/3, p. 659.

175. Arrêt *VALE*, point 51. Une ambiguïté résulte cependant du fait que l'opération projetée se distingue de la constitution *ex nibilo* d'une nouvelle société, compte tenu de la continuité juridique et économique qui la caractérise nécessairement.

176. Arrêt *VALE*, point 52.

ral N. Jääskinen a pu indiquer qu'il incombe à la société immigrante "de satisfaire à l'ensemble des conditions que la législation nationale impose à une société à responsabilité limitée en ce qui concerne, par exemple, le capital social, les associés et le contenu des statuts. De surcroît, l'État membre d'accueil peut exiger, pour pouvoir vérifier le transfert des actifs et des passifs à la nouvelle société, une continuité comptable entre les sociétés et requérir que le bilan d'ouverture de la société à constituer corresponde au bilan de clôture de la société précédente". En outre, "ledit État membre peut demander que les actifs et les passifs de la société soient recensés et vérifiés par un réviseur afin de s'assurer du respect des règles relatives au capital social"⁽¹⁷⁷⁾.

En définitive, il apparaît donc que la liberté d'établissement ne s'oppose pas - sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité - à ce que le droit belge détermine librement les règles devant être respectées - tant sous l'angle du droit matériel que du droit international privé - par une société désireuse d'adopter une forme sociétaire soumise au droit belge⁽¹⁷⁸⁾. Ce régime juridique sera bien évidemment soumis au régime de l'examen de l'entrave au droit d'établissement.

II.3. La transformation transfrontalière des sociétés sous l'empire du projet de Code des sociétés et des associations - Observations préliminaires

Afin de moderniser le droit des sociétés et de le rendre plus attractif, le gouvernement avait adopté en première lecture, le 20 juillet 2017, un avant-projet de nouveau Code des sociétés et des associations - ci-après dénommé "le CSA"⁽¹⁷⁹⁾. Le projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses a été déposé à la Chambre des représentants le 4 juin 2018⁽¹⁸⁰⁾.

Sous l'angle de la mobilité des sociétés, l'innovation majeure consiste en l'abandon de la théorie du siège réel au profit d'un nouveau rattachement, fondé sur la localisation du siège statutaire. Corrélativement, l'introduction de la doctrine du siège statutaire devrait s'accompagner de la mise en place d'une procédure spécifique de transformation transfrontalière des sociétés, qui prendra place aux côtés des autres techniques de réorganisation (fusions, scissions, etc.).

Les lignes directrices du nouveau CSA étant encore susceptibles d'évoluer dans le cadre du travail parlementaire, seules sont formulées quelques remarques générales sur les orientations du projet de loi en matière de mobilité transfrontalière des sociétés.

II.3.a. Le rattachement des sociétés au lieu du siège statutaire

Si le droit belge est fidèle à la "théorie du siège réel" depuis près de 150 ans⁽¹⁸¹⁾, les promoteurs du CSA semblent avoir pris le parti d'abandonner ce rattachement historique au profit d'un système fondé sur la localisation du siège statutaire. Privilégié en vue de faciliter l'applicabilité du droit belge et de stimuler l'attractivité de la Belgique en tant que territoire d'implantation, le rattachement des sociétés à la loi de l'État de situation du siège statutaire a donc vocation à remplacer l'actuel rattachement fondé sur le critère de l'établissement principal, en raison, semble-t-il, de son inadaptation aux évolutions du droit d'établissement⁽¹⁸²⁾. Pour autant, l'incidence de ce nouveau critère comme facteur d'attractivité et de simplification reste encore à vérifier. Par ailleurs, l'enjeu du rattachement varie considérablement selon qu'il affecte une société d'un État membre ou d'un État tiers.

S'il doit en être ainsi, la liberté de choix accrue en matière de détermination de la *lex societatis* devrait pouvoir s'accompagner de la mise en œuvre de

177. Voy. les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *VALE*, point 75.

178. Arrêt *VALE*, point 51. Dans le même sens, voy. J. L. HANSEN, "The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies", *E.C.F.R.*, 2013/1, p. 10; K. MARESCAU, précité note 164, n° 53 et 54.

179. Voy. déjà l'accord de gouvernement du 9 octobre 2014, énonçant que "la Belgique doit être encore plus attractive pour les sociétés nationales et étrangères. Le droit des sociétés est un instrument de soutien important à cet égard. C'est pourquoi le gouvernement examinera dans quelle mesure il peut être davantage simplifié".

180. Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations, et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/002. Pour un aperçu des travaux antérieurs, voy. not. le Mémoire du Centre Belge du Droit des Sociétés, "Un Code moderne des sociétés et des associations", octobre 2015, consultable à l'adresse suivante : www.bcv-cds.be; H. BRAECKMANS et alii, *La modernisation du droit des sociétés / De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2014. Voy. aussi le Rapport de F. DELPÉRIÉE fait au nom de la commission de droit commercial et économique, "Échange de vues avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés", 3 décembre 2015, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1500/001.

181. La première intervention législative en matière de rattachement des sociétés fut matérialisée dans la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales, *M.B.*, 25 mai 1873, dont l'article 129 énonçait que : "Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger".

182. En ce sens, voy. not. J. MEEUSEN, "Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie : Europese vennootschaps-mobiliteit op nieuwe wegen", *R.W.*, 2017-18, n° 16, p. 602 : "Ofschoon het Hof in het arrest-Polbud nogmaals intrinsieke wettigheid van deze leer bevestigt, lijkt het voortaan voor de EU-lidstaten politiek zinloos, ja zelfs contraproductief in een quasi-volledig geliberaliseerde interne markt, deze strikte leer nog op te leggen aan 'hun' vennootschappen".

règles protectrices des parties prenantes compatibles avec les exigences du droit d'établissement. Il n'est pas souhaitable, en effet, que la facilitation des opérations de *law shopping* intervienne au préjudice des intérêts des tiers.

Dans ce contexte, face à la difficulté d'appliquer à une société régie par le droit d'un autre État membre, mais active en Belgique, des dispositions protectrices issues du droit belge des sociétés, il ne serait pas étonnant d'observer un déplacement de la localisation des mécanismes de protection des parties prenantes, du domaine de la *lex societatis* vers celui de législations spécifiques, comme le droit fiscal, le droit social, le droit de l'insolvabilité ou la réglementation de l'accès aux marchés réglementés⁽¹⁸³⁾, qui obéissent encore à un critère de rattachement territorial retenant un élément d'effectivité⁽¹⁸⁴⁾.

Enfin, il est à espérer que les travaux parlementaires fourniront l'occasion d'une réflexion de fond sur les questions générales qui se posent en matière de conflit de lois, telles que :

- la raison de retenir, comme critère de rattachement, le critère du siège statutaire plutôt que celui de l'inscription dans le registre des sociétés;
- l'opportunité et la manière de tenir compte, dans la formulation de la règle belge de conflit de lois, du contenu de la règle de rattachement étrangère, en vue notamment d'éviter les situations dans lesquelles plusieurs droits nationaux auraient vocation à s'appliquer (conflit positif)⁽¹⁸⁵⁾ ou inversement (conflit négatif)⁽¹⁸⁶⁾;
- les risques découlant de la possibilité, pour une société d'un État membre, de tirer avantage de sa soumission cumulative au droit des sociétés d'un État membre (par la localisation du siège statutaire)

et au droit de l'insolvabilité d'un autre État membre (par la localisation du siège réel). Cette pratique - parfois appelée "*cherry picking*" - est de nature à porter atteinte à la cohérence d'ensemble qui caractérise en principe un ordre juridique composé de différentes branches du droit interconnectées les unes aux autres, en particulier sous l'angle de la protection des créanciers⁽¹⁸⁷⁾;

- l'opportunité d'affiner la liste des éléments figurant à l'article 111 Codip comme relevant du domaine de la *lex societatis*;
- l'opportunité de mettre en œuvre une règle de conflit de lois distincte, et moins libérale, à l'égard des sociétés issues d'un État non membre de l'UE; si cela n'est pas jugé souhaitable, des lois de police spécifiques ne doivent-elles pas être mises en œuvre en vue de protéger les tiers sur le territoire belge ?
- l'incidence de l'adoption du critère du siège statutaire sur les règles de compétence judiciaire internationale, notamment dans les hypothèses de dissociation entre la localisation du siège statutaire et du siège réel.

En tout état de cause, il apparaît qu'une sécurité juridique optimale des transformations transfrontalières de sociétés ne pourra être pleinement atteinte qu'à la faveur d'un instrument européen de coordination des règles de compétence judiciaire et de conflit de lois.

À cet égard, nous verrons⁽¹⁸⁸⁾ que la Commission européenne a récemment mis en place une procédure spécifique de transformation transfrontalière, à la faveur d'une proposition de directive modifiant la directive 2017/1132. Tout en consacrant le principe du rattachement distributif de la transformation transfrontalière au droit des États membres d'origine et de destination, la proposition n'a cependant pas pris

183. À l'analyse, il apparaît que le principe de réalité exerce une grande influence dans le droit dérivé intéressant les sociétés et l'exercice de leurs activités. Ainsi, le critère de l'administration centrale se révèle dominant pour les conditions d'accès et d'exercice des activités économiques, en posant généralement une règle de convergence des sièges statutaire et réel. Le législateur européen exprime alors l'exigence d'un lien réel entre la société et un marché déterminé, et cette exigence se confond pratiquement avec une condition de rattachement. En guise d'illustrations, voy. not. la dir. 2013/34 relative aux états financiers annuels et consolidés (modif. par la dir. 2014/95 sur les informations concernant les travailleurs et les droits de l'homme), art. 2; la dir. 2000/12 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, art. 6.2. Sur cette question, voy. spécialement M. FALLON, "Illustrations du principe de réalité dans le droit dérivé intéressant les sociétés et l'exercice de leurs activités", *Cahiers du CeDIE*, 2017/1 (<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/publications.html>).

184. Rappelons qu'en matière de fiscalité directe, l'assujettissement à l'impôt des sociétés repose sur le critère du principal établissement, tandis que le droit de l'insolvabilité est, quant à lui, gouverné par la notion de "centre des intérêts principaux du débiteur" (COMI). Sur le phénomène de déplacement des mécanismes de protection des créanciers du domaine du droit des sociétés vers celui de l'insolvabilité, voy. not. A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés : Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 379.

185. Soit une société constituée en Belgique, qui transfère son seul siège réel dans un État adepte de la théorie du siège réel. Théoriquement, les deux droits nationaux auront vocation à s'appliquer.

186. Soit une société constituée en Belgique, qui transfère son seul siège statutaire dans un État adepte de la théorie du siège réel. Théoriquement, la société ne serait plus régie par aucune de ces législations nationales, à défaut de renvoi.

187. Sur cette question, voy. not. C. CERNER-BEURLER et E. SCHUSTER, "The Costs of Separation : Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market", *London School of Economics and Political Science : Law Department*, L.S.E. Working Paper, 6/2014, spéc. p. 2 et 8.

188. Voy. *infra*, II.3.c.

position sur la détermination du critère de rattachement des sociétés à la loi d'un État membre.

II.3.b. La procédure de transformation transfrontalière des sociétés

Nous avons déjà relevé qu'en dépit de l'article 112 Codip, qui admet la validité d'une transformation transfrontalière, l'absence d'une procédure spécifique dans le droit des sociétés laisse planer une insécurité juridique importante par rapport à certaines modalités de l'opération, et aux difficultés liées au conflit mobile.

Aux dires des promoteurs du CSA, l'introduction d'une procédure de transformation transfrontalière devrait accompagner l'adoption d'une nouvelle règle de conflit de lois afin d'encourager davantage les sociétés à exercer leur droit à la mobilité. Du point de vue du droit belge, le changement de *lex societatis* ne devrait donc plus pouvoir intervenir *que* par le biais de la procédure de transformation transfrontalière.

Il est toutefois essentiel que les règles matérielles applicables à la transformation transfrontalière soient conformes aux exigences du droit d'établissement. Chaque mesure potentiellement constitutive d'une entrave doit donc être examinée afin d'en apprécier la justification et la proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi.

(i) La procédure d'émigration

Fondamentalement, cette procédure devrait consister en une savante combinaison de mécanismes inspirés du régime juridique de la réduction de capital, de la transformation interne et de la fusion de sociétés. Il n'est pas évident, à ce stade, de savoir si l'application de ces mesures sera compatible avec le droit d'établissement, ou si la Cour exigera une application stricte du régime de la transformation interne.

En tout état de cause, le législateur devrait veiller à ne pas s'écarter sans motif valable de la réglementation des opérations internes dont il s'inspire, puisqu'une différence de traitement injustifiée pourrait aboutir à l'échec de l'examen de comparabilité des opérations, et à l'identification d'une entrave.

(a) Champ d'application de la procédure

Ratione materiae, il semble que seul le déplacement du siège statutaire sera soumis à la procédure de

transformation, puisque la localisation du siège réel serait désormais sans incidence sur la loi applicable à la société. À cet égard, rappelons toutefois que "l'État de sortie est en principe tenu, au regard du droit de l'Union, d'autoriser l'émigration de la société constituée en vertu de son droit. Il dispose uniquement du pouvoir de décider s'il autorise la société à conserver, de surcroît, sa qualité de société relevant du droit national dudit État"⁽¹⁸⁹⁾.

Une difficulté pourrait également se poser dans l'hypothèse où une société de droit belge transférerait son seul siège statutaire dans un État connaissant la théorie du siège réel. Potentiellement, la société se trouverait soumise au droit de ces deux États.

Ratione personae, il serait opportun que la procédure trouve à s'appliquer à l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique, ainsi qu'aux ASBL et AISBL, puisqu'il n'est pas exclu en soi que celles-ci se prévalent du droit d'établissement, lorsqu'elles exercent une activité économique⁽¹⁹⁰⁾.

(b) Les formalités préalables à la décision de transformation transfrontalière

Il semble que, suivant les principes développés dans le CSA, les formalités suivantes devront être accomplies préalablement à la décision de transformation transfrontalière :

- *Élaboration d'un projet de transfert du siège social.*
Le contenu de celui-ci, on l'imagine, sera calqué sur ce qui prévaut en matière de transfert du siège statutaire d'une société européenne.
- *Délai de deux mois à compter de la publication du projet de transfert, permettant aux créanciers d'exiger la constitution d'une sûreté pour leurs créances certaines mais non encore exigibles.* Actuellement prévue en matière de réduction de capital, cette mesure constitue une entrave potentiellement justifiable, mais qui pourrait être considérée comme disproportionnée au regard des instruments de droit dérivé existants.
- *Établissement d'un rapport par l'organe de gestion, exposant le projet de transformation, ses motifs et ses conséquences juridiques et économiques.* Il s'agit là d'une mesure protectrice des actionnaires minoritaires et des tiers, qui s'impose dans le cadre d'une transformation interne. Elle n'est donc a priori pas contestable.

189. Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT précédant l'arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, point 35.

190. Arrêt du 17 juin 1997, *Sodemare*, aff. C-70/95, EU:C:1997:301, point 34; arrêt du 14 septembre 2017, *Trustees Panayi*, aff. C-646/15, EU:C:2017:682, point 34.

- *Préparation, par l'organe de gestion, d'un état comptable résumant la situation active et passive de la société.* Il s'agit là d'une mesure protectrice des actionnaires minoritaires et des tiers, qui s'impose dans le cadre d'une transformation interne. Elle n'est donc a priori pas contestable.
- *Établissement d'un rapport par l'organe de gestion, exposant le projet de transformation, ses motifs et ses conséquences juridiques et économiques.* Il s'agit là d'une mesure protectrice des actionnaires minoritaires et des tiers, qui s'impose dans le cadre d'une transformation interne. Elle n'est donc a priori pas contestable.
- *Établissement d'un rapport par le commissaire ou un réviseur d'entreprises, sur l'état comptable, et précisant toute surestimation de l'actif net, le cas échéant.* Il s'agit là d'une mesure protectrice des actionnaires minoritaires et des tiers, qui s'impose dans le cadre d'une transformation interne. Elle n'est donc a priori pas contestable.
- Quorums de présence et de vote plus stricts, lorsque la société émigrante a été constituée il y a moins de deux ans. Il pourrait s'agir ici d'une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement, si la mesure en cause suppose de façon générale qu'une "jeune société" présente davantage de risques qu'une autre société.

(ii) La procédure d'immigration

En ce qui concerne la procédure d'immigration, le CSA semble plus laconique, puisqu'il devrait se borner à prévoir l'application des dispositions suivantes :

- *Constatation du transfert du siège statutaire via un acte notarié belge qui devrait attester du respect des formalités d'émigration.* Afin de se conformer aux enseignements de l'arrêt *VALE*, il importera, à cet égard, de veiller au respect de la force probante des pièces et documents transmis par l'autorité compétente de l'État membre d'origine.
- *Dépôt à la Banque nationale, d'un état comptable résumant la situation active et passive de la société, dans les 30 jours suivant l'opération; et présomption de responsabilité du dommage subi par les tiers en cas de défaut de dépôt.* En principe, l'État d'accueil est fondé à soumettre la société immigrante à ses propres exigences, notamment en matière d'enregistrement, dans le respect du principe d'équiva-

lence. Il en découle, selon nous, que la société devrait être autorisée à produire un état comptable établi à l'étranger sur la base de la loi de l'État membre d'origine, si les conditions de cet état sont équivalentes à celle d'un état prévu par le droit belge.

II.3.c. L'incidence de la proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières

La proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 a été publiée par les soins de la Commission européenne, quelques jours seulement avant le dépôt à la Chambre du projet de loi contenant le nouveau Code des sociétés et des associations. En l'état, ce dernier n'est donc pas conforme aux exigences de la proposition de directive. Si celle-ci est adoptée par le législateur européen, le régime juridique esquissé ci-avant devra donc déjà être réformé, à l'occasion de la transposition de la directive en droit interne. L'ampleur d'une telle réforme est cependant incertaine, dans la mesure où les auteurs du CSA ont déclaré vouloir rompre avec la pratique antérieure consistant à soumettre la SPRL (devenue SRL) aux directives européennes en matière de droit des sociétés¹⁹¹.

Nous nous bornerons ci-après à identifier les principales orientations de la procédure de transformation transfrontalière mise en place dans la proposition de directive.

(i) Les formalités préalables à la décision de transfert

(a) L'établissement d'un projet de transformation

À l'instar de ce qui prévaut pour les autres types de réorganisations de sociétés, l'organe de direction est d'abord tenu d'établir un projet de transformation contenant diverses mentions obligatoires, telles que les informations essentielles relatives à la société migrante (forme juridique, dénomination, localisation du siège envisagée dans l'État d'accueil, etc.), le calendrier de la transformation, les droits accordés par la société aux actionnaires, le détail des garanties offertes aux créanciers, la description des avantages accordés aux dirigeants dans le cadre de la transformation, ou encore la description des conséquences de l'opération sur l'emploi.

191. Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations, et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 6.

Ce projet doit être publié dans le registre des sociétés, un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur son approbation. Une innovation de la proposition tient au fait que les États membres ont la faculté de remplacer cette exigence par un mode de publicité plus souple, à savoir la mise à disposition gratuite du projet de transformation sur le site internet de la société.

(b) L'élaboration des rapports

L'organe de direction est tenu d'élaborer deux rapports ciblés, respectivement à destination des actionnaires⁽¹⁹²⁾ et des travailleurs, en vue de préciser les implications de l'opération. En outre, les sociétés autres que les "micro" entreprises ou les "petites" entreprises⁽¹⁹³⁾ devront introduire auprès de l'autorité compétente une demande de désignation d'un expert indépendant qui fera rapport sur l'exactitude du projet et des rapports préparés par l'organe de gestion.

Ces rapports doivent être mis à la disposition des actionnaires et des travailleurs, par voie électronique, deux mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à délibérer sur le projet de transformation.

(ii) La décision de transformation

Après avoir pris connaissance des rapports, l'assemblée générale des actionnaires est appelée à se prononcer sur le projet de transformation, à une majorité qui ne peut être inférieure à deux tiers, ni supérieure à 90 % des voix attachées aux titres représentatifs du capital social.

(iii) Les formalités postérieures à la décision de transformation

(a) Le certificat préalable à la transformation

Afin de vérifier la légalité des formalités accomplies dans l'État membre d'origine, l'autorité compétente désignée dans cet État est invitée à délivrer un certificat attestant du respect de toutes les conditions pertinentes et l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités à réaliser dans l'État membre de départ. L'appréciation de l'autorité compétente intervient dans un délai d'un mois à compter de la réception par celle-ci de l'approbation du projet de transformation par l'assemblée générale.

(b) Approbation de la transformation par l'autorité compétente de l'État membre de destination

Un contrôle de la légalité de la transformation est également opéré dans l'État membre de destination, à l'initiative de l'autorité compétente dans cet État, après que celle-ci se soit fait remettre le projet de transformation approuvé par l'assemblée générale et le certificat préalable à la transformation, établi par l'autorité compétente de l'État membre d'origine. L'autorité compétente de l'État de destination est également appelée à approuver la transformation, après avoir évalué la conformité de la procédure à sa législation interne.

(c) Immatriculation dans l'État membre de destination et radiation dans l'État membre d'origine

Relevons enfin que la transformation prendra effet à compter du jour de l'immatriculation de la société dans l'État membre de destination; celle-ci ne pouvant intervenir qu'au terme du contrôle de légalité opéré par l'autorité compétente de l'État membre d'accueil.

En définitive, la première vertu de la proposition est d'avoir circonscrit, pour la première fois en droit de l'Union, la définition et les effets de la transformation transfrontalière des sociétés de capitaux. Au-delà, la proposition poursuit l'ambition louable d'harmoniser les modalités procédurales de la transformation transfrontalière, alors même que plus de la moitié des États membres ne prévoient aucune règle spécifique en la matière. Il ne fait pas de doute, en effet, qu'aucune protection adéquate des parties prenantes ne peut être mise en œuvre en l'absence d'une réglementation harmonisée, garante de la cohérence entre les dispositions de droit interne des États membres.

Néanmoins, par contraste avec le libéralisme dont a fait preuve la Cour de justice, l'on ne peut qu'être surpris par la lourdeur et le volume des formalités à accomplir pour finaliser une transformation transfrontalière, notamment au regard des solutions retenues pour le déplacement transfrontalier du siège social de la société européenne⁽¹⁹⁴⁾.

Cette approche, que reflète également le CSA, contraste sans doute avec la tendance générale à la simplification, voire à la contractualisation du droit

192. Sauf si ceux-ci y renoncent unanimement.

193. Voy., à cet égard, la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, J.O., 2003, L 124.

194. Règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, art. 8.

des sociétés. Jamais, en effet, les parties prenantes - travailleurs, créanciers, actionnaires minoritaires - n'auront bénéficié d'autant de mesures protectrices dans la réglementation européenne relative aux réorganisations transfrontalières. Parmi celles-ci, relevons notamment :

- qu'un droit de sortie est accordé aux actionnaires ne souhaitant pas participer à la transformation transfrontalière. Ainsi, l'actionnaire ayant voté contre l'approbation du projet de transformation pourra se voir racheter sa participation par la société, en contrepartie d'une juste soulte. Cette procédure est organisée dans le respect des dispositions nationales en matière de rachat de titres propres (art. 86*undecies*);
- qu'outre la description des garanties offertes aux créanciers dans le projet de transformation, la proposition laisse aux États membres la possibilité d'exiger de l'organe de direction qu'il fournisse (un mois au plus tôt avant la publication du projet de transformation) une déclaration reflétant fidèlement la situation de la société et dans laquelle celui-ci atteste n'avoir connaissance d'aucun élément de nature à empêcher qu'à l'issue de la transformation, la société soit en mesure d'acquitter ses engagements à l'échéance (art. 86*duodecies*);
- qu'en matière de participation des travailleurs, et par identité de motifs avec les solutions retenues à l'égard de la société européenne⁽¹⁹⁵⁾ et des fusions transfrontalières⁽¹⁹⁶⁾, la proposition retient l'application automatique des dispositions en vigueur dans l'État membre où est établi le siège statutaire de la société (art. 86*terdecies*).

Enfin, la volonté d'éviter que la transformation ne déguise un montage purement artificiel ou un abus fiscal s'est traduite par l'insertion d'un mécanisme d'investigation approfondie (art. 86*quindecies*) permettant, dans certaines circonstances, à l'autorité compétente de l'État membre de départ de bloquer la réalisation de l'opération. Pour inédite qu'elle soit, cette immixtion de considérations fiscales dans un instrument de droit des sociétés ne manquera pas de donner lieu à des difficultés d'interprétation, et sera certainement de nature à mettre un frein - à tort ou à raison - aux velléités de mobilité de nombreux entrepreneurs.

Conclusion

L'arrêt *Polbud* constitue un nouveau point d'étape en faveur de la transformation des sociétés nomades dans l'espace européen, en facilitant un changement de la *lex societatis* du seul fait du choix de l'État membre de réincorporation. La position de la grande chambre de la Cour de justice n'est probablement pas sans relation avec les nouvelles discussions en cours en vue de l'adoption de la 14^e directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d'une société, où la balance pourrait précisément pencher en faveur du critère d'incorporation, au détriment du critère du siège réel. Certes, la Cour se garde de privilégier un critère de rattachement sur l'autre, conformément à sa jurisprudence constante, mais elle admet clairement l'invocabilité du droit d'établissement dans un État membre du seul fait de l'incorporation sans transfert ni du siège réel, ni même d'une activité quelconque, par déduction de l'arrêt *Centros*. Sur ce point-ci, adopté sur conclusions non conformes de l'avocat général, la Cour aura probablement à répondre encore à des interrogations futures sur la portée de cet écart par rapport à la jurisprudence *Gebhard*, qui définit l'établissement au sens de l'article 49 TFUE comme une participation stable et continue à l'activité économique de l'État d'accueil de nature à favoriser une interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union.

Pour autant, l'opération de transformation par changement de la *lex societatis* ne revient pas à un *law shopping* inconditionnel. Même si l'argument de fraude à la loi, ou d'abus de droit européen, est maintenu dans les balises fixées par l'arrêt *Centros*, l'arrêt *Polbud* insiste sur la nécessité de conformer l'opération à la loi de l'État membre d'accueil. De plus, il introduit deux précisions nouvelles, auxquelles les auteurs d'une opération de transformation devraient être particulièrement attentifs. D'abord, la référence au système juridique de l'État membre d'accueil s'entend des règles de conflit de lois de ce système. Ainsi, lorsque l'État d'incorporation se révèle être un État de siège réel, un transfert du seul siège statutaire revient finalement à maintenir la loi d'émigration en tant que *lex societatis*. Ensuite, la loi de l'État membre d'origine, par ailleurs applicable comme *lex societatis* jusqu'au moment de la sortie, conformément à la jurisprudence *VALE*, peut désormais trouver un titre distinct à s'appliquer en tant que loi de police dans

195. Voy. la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *J.O.*, 2001, L 294.

196. Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

ses dispositions impératives de protection des parties prenantes, chaque fois que la société continue d'exercer ses activités dans cet État après transformation. Par ailleurs, ceci n'exclut pas, comme l'illustre l'arrêt *Kornbaas*, d'avoir à tenir compte encore de l'éventualité d'autres réglementations impératives commandant leur applicabilité du fait de la localisation de l'administration centrale ou du centre des décisions sur le territoire, au titre de loi de l'insolvabilité, de loi fiscale, de loi sociale, de loi de responsabilité ou de loi commandant l'accès à un marché réglementé.

Ainsi, la grande chambre de la Cour de justice pourrait avoir enfoncé, à la fois, la pédale de l'accélérateur pour une plus grande autonomie de la volonté quant au choix de la *lex societatis*, et la pédale de frein en admettant des dérogations dues à des lois de police, sans préjudice d'autres lois nationales applicables à d'autres rapports juridiques que le rapport sociétairé. Un tel phénomène paraît corrélé à une amplification de l'autonomie de la volonté inhérente au critère d'incorporation, qu'il servirait à compenser. Dès lors que l'État se dépouille d'une capacité de contrainte que lui offre le critère du siège réel, les outils de gouvernance économique empruntent à d'autres environnements normatifs que le droit des sociétés, où prévaut encore un principe de réalité prenant en compte la localisation d'une activité effective et durable. Dans le même temps, la généralisation du critère de l'incorporation ou du siège statutaire pour déterminer la *lex societatis* est sans doute de nature à induire un déplacement des mesures protectrices des parties prenantes vers l'un de ces autres environnements normatifs, comme le préfigure l'arrêt *Kornbaas*.

Au bout du compte, l'utilisation simultanée des pédales d'accélération et de frein n'est pas pour simplifier le paysage normatif subtil que traverse la société nomade. D'une part, tant que fait défaut une coordination du droit des sociétés par un système commun de règles de conflit de lois, à tout le moins pour les situations affectant l'espace de l'Union européenne, la planification des réglementations applicables aux sociétés nomades restera complexe. D'autre part, la prise en compte accrue de réglementations de natures diverses aux côtés de la *lex societatis* en contrepoint d'une mobilité acquise grâce au critère d'incorporation risque paradoxalement d'exposer la société aux tensions d'un nombre accru de lois en conflit.

L'arrêt *Polbud* pourrait donc servir d'aiguillon pour une accélération des travaux en vue de la 14^e directive, fût-ce en concentrant l'effort sur les conditions de transformation, en termes de droit matériel des

sociétés et de conflit de lois, de manière à assurer l'effectivité et la sécurité de la mobilité des sociétés dans l'espace de l'Union. De son côté, la Cour de justice n'est en mesure ni de définir positivement les modalités procédurales de l'opération, ni d'organiser les mesures protectrices des parties prenantes, ni d'effacer d'importantes zones d'ombre en termes de conflit de lois liées à la configuration transfrontalière de certaines opérations.

Dans sa proposition de directive du 25 avril 2018, la Commission prend appui sur l'arrêt *Polbud* pour mettre en place une harmonisation complète des modalités procédurales des transformations, fusions et scissions, laquelle donne une large part aux règles matérielles de protection des parties prenantes et répartit les domaines respectifs des procédures nationales de sortie et d'entrée, tout en mettant en place un processus jugé crucial de contrôle *ex-ante* d'opérations artificielles visant au transfert de sociétés boîte aux lettres.